



深圳律师



劳动法实务精要

The Essence of Employment and Labor Law Practice

第二辑

深圳市律师协会劳动与社会保障法律专业委员会

二〇一九年十二月

序 言

“劳动关系是生产关系的重要组成部分，是最基本、最重要的社会关系之一。劳动关系是否和谐，事关广大职工和企业的切身利益，事关经济发展与社会和谐。党和国家历来高度重视构建和谐劳动关系，制定了一系列法律法规和政策措施并作出工作部署”。《中共中央、国务院关于构建和谐劳动关系的意见》将和谐劳动关系构建提升到国家战略的高度，从二十六个方面明确了构建和谐劳动关系的指导思想、工作原则和目标任务。

为认真贯彻落实党中央和国务院的决策部署，各级人民法院、人力资源和社会保障行政部门等对于具体的劳动争议问题，制订、出台了大量司法解释、指导意见、座谈会纪要、问题解答等，《劳动争议审判白皮书》《劳动争议典型案例》也是比较常见的普法宣传方式。劳动争议的处理因个案差异导致裁判结果可能存在“同案不同判”的现象，让律师、人力资源管理者、法务工作者等产生较多困惑。为此，我们的学习、研究不能有一丝懈怠。

为帮助全市律师提高办理劳动争议案件的业务水平，提升深圳律师的专业形象，维护当事人合法权益，更好地履行律师职责，深圳市律师协会劳动与社会保障法律专业委员会组织各位委员，召开了较多专业研讨会、分享会。在2018年，集体编辑完成《劳动法实务精要》（第一辑），共收录了27篇专业文章。

汲取第一辑的编写经验，市律协劳专委全体委员在市律协领导、业务创新委的积极支持下，我们又编辑完成了第二辑，即为本书，共收录专业文章35篇。在此，对市律协领导、业务创新委、全体委员及对劳专委工作一贯支持和鼓励的律师同仁，表示衷心感谢。

期望本书能为深圳律师的劳动关系与人力资源法律服务工作提升有所帮助！

曾凡新

深圳市律师协会劳动与社会保障法律专业委员会主任

目 录

1	2018 年度深圳劳动关系、劳动仲裁等 19 项大数据报告【曾凡新】	4
2	改革开放四十年：鹏城劳动争议札记【林乐军】	7
3	推进人力资源合规优化，构建新时代和谐劳动关系【曾凡新】	13
4	新业态劳动用工对传统劳动法的挑战【胡庆海、陈玥】	22
5	从四个劳动争议案例详细分析录用条件的若干问题【冼武杰】	29
6	企业确定录用后在实际用工前反悔的，应当就对求职者造成的损失承担赔偿责任【彭湃、陈琳、卢恩冲】	35
7	浅析女性就业歧视【杨敏】	42
8	提供虚假信息，劳动合同是否必然无效？【张金寿、王茜】	48
9	员工被派往国外工作，被辞退后，应当由谁承担赔偿责任？【周文斌】	51
10	非全日制用工的利弊分析与操作建议【冼武杰】	55
11	浅析律师事务所不同用工关系的认定【周旻】	62
12	在中国就业的外国人 6 大劳动法律关系分析【段海宇】	66
13	劳动者主张劳动权益，能否追究一人有限公司股东的连带责任？【何志杰】	70
14	培训期间的工资是否属于培训费用？【何志杰】	72
15	从真实案例中讨论《劳动合同法》第三十三、三十四条相关问题【林乐军】	74
16	用人单位能否单方对员工进行调岗？——以广东省为例【凌超】	82
17	企业单方面调岗降薪，员工不吭声，20 份法院判决告诉你这样做的法律效力【段海宇、张钊铭】	86
18	32 地区关于加班工资计算基数的 13 种标准及规定汇编【段海宇】	99
19	未提前通知就不辞则别的员工，如何合法合规处理？【林乐军】	127
20	严重违反规章制度的裁判标准认定与探讨【陈伟】	130
21	严重违反规章制度解雇事由的合理性研究【王强】	135

22	关于三期女职工解雇保护的若干问题【冼武杰】	142
23	用人单位主张员工赔偿经济损失的问题解析【凌超】	147
24	论“客观情况发生重大变化”裁判意见的转变【周旻】	153
25	员工晚上回公司加班途中发生交通事故，可否认定工伤？【陈伟】	159
26	因工出境工作期间突发疾病死亡，可否认定工伤？【陈伟】	164
27	职业病职工获得工伤待遇后能否另行向用人单位请求侵权损害赔偿相关问题探析【张福军】	171
28	员工因工死亡或非因工死亡，公司该如何依法合规处理？【黄彪】	179
29	员工入职后，工伤保险何时缴交较为妥当？【张金寿、张倩菲】	186
30	用人单位可否用人身意外伤害保险替代工伤保险？【彭湃、陈琳】	189
31	员工自愿放弃缴交社会保险的，用人单位是否可免责？【彭湃、陈琳】	193
32	员工逃税，终究逃不脱补缴的责任【袁吉松】	196
33	竞业限制违约金约定方式的利弊分析【孟庆杰】	198
34	劳动关系领域的敲诈勒索现象剖析及应对措施【邹兵】	202
35	情理结合，彰显法律的公平正义【袁吉松】	212
36	专业委员会简介	217
37	深圳市律师协会劳动与社会保障法律专业委员会	217
38	组成成员	217

2018 年度深圳劳动关系、劳动仲裁等 19 项大数据报告

曾凡新，北京大成（深圳）律师事务所

1. 劳动合同签订率。2018 年，深圳市职工签订书面劳动（聘用）合同的比例为 83.8%，同比下降了 0.6 个百分点。2018 年合同平均期限为 25.48 个月，比 2017 年增加 0.75 个月。

2. 人力资源保障信访总量。2018 年全市人力资源保障信访总量 60919 宗，涉及 95651 人次，同比分别增长 14.8% 和 17.7%。

3. 劳动保障违法信息发布总量。2018 年全市各级劳动监察机构通过自有平台公布的用人单位劳动保障违法信息共 335 家（次）。

4. 劳动争议案件调解数量。2015-2018 年，深圳市各级调解组织共调解劳动争议案件 114018 宗，其中调解达成协议或和解 96904 宗，成功率达 85%。调解劳动争议案件数量，2013~2015 年分别为 31872 宗、39047 宗、31471 宗；调解达成协议或和解的案件数量为 2015 年 26046 宗，调解成功率达 82.7%。

5. 三十人以上劳资纠纷数量。深圳市劳动监察部门参与处置 30 人以上劳资纠纷数量逐年下降。2016 年为 121 件，2017 年为 101 件，2018 年 71 件，同比下降 29.7%。该项统计，2013~2015 年，分别为 404 件、318 件、217 件。

6. 劳动监察执行力度。2018 年全市劳动监察机构共检查用人单位 2.42 万家次，涉及劳动者 262.6879 万人；办结各类劳动违法案件 1476 宗，同比增长 15.31%。其中，责令改正 815 件，做出行政处理决定 11 件，做出行政处罚决定 305 件。要做出行政处罚的案件中，予以警告的 94 件，予以罚款的 230 件，罚款金额共 702.862 万元。

7. 仲裁立案案件数量、涉及人数。2018 年，深圳市各仲裁机构共立案受理劳动人事争议案件 39964 件，涉及 72726 人，同比均增长 29%，案件总量为 2009 年以来新高，接近最高峰期 2008 年的 83%。其中受理 10 人以上集体争议案件 1288 件，涉及劳动者 33626 人，同比分别增长 41% 和 31%。2016-2018 年，深圳

全市各级仲裁机构共立案 10.31 万件，涉及劳动者 20.28 万人，办结案件 10.24 万件。

8. 劳动争议案件千人发生率。2018 年全市就业人口（按深圳市失业保险缴费参保人数 1127.36 万计）发生劳动争议比例约为 0.645%。即，相当于每 1000 个就业人员中约有 6.5 人提出仲裁申请。

9. 仲裁办结案件数量。2018 年，深圳市各仲裁机构共办结劳动人事争议案件 38575 件，同比增长 22%。该项统计，2013~2016 年，分别为 27507 宗、28226 宗、30937 宗、32205 宗。

10. 仲裁办结案件调解、裁决、终局裁决的数量及占比。2018 年全市以调解（含撤诉）方式结案的案件 19616 件（比重为 50.9%），裁决结案的 18712 件（比重为 48.5%），移送管辖等其他方式结案的 247 件（比重为 0.6%）。全市全年以终局裁决方式结案 6737 件，占裁决总量的 36%，同比增加 4%。

11. 劳动仲裁案件诉求支持比例。2018 年办结案件中用人单位完全胜诉的比重占 7.9%、劳动者完全胜诉的比重为 11.8%。从案件诉求支持比例看，深圳全市仲裁结案案件（未含不予受理和撤诉案件）的诉求支持比例为 28.5%，同比下降 20 个百分点，其中调解案件的支持比例为 42.4%，同比下降 11 个百分点，裁决案件为 23.4%，同比下降 24 个百分点。

12. 劳动仲裁常见诉求项占比。2018 年立案的案件，以劳动报酬为主诉类型的劳动争议案件 16493 件，占案件总数的 41.3%；涉及人数 37378 人，占案件总人数的 51.4%。2018 年，深圳市有 60.8% 的仲裁案件涉及正常工作时间工资诉求，18.8% 涉及加班工资诉求，超九成集体争议案件涉及工资诉求。2018 年全市有 52.3% 的仲裁案件涉及解除或终止劳动合同经济补偿（赔偿金）诉求。

13. 确认劳动关系之诉案件总量。深圳涉及确认劳动关系争议的仲裁案件已经连续四年呈上升趋势，2018 年共计 3661 件，同比增幅达 60%。

14. 超法律基准类劳资纠纷占比。2016 年和 2017 年的员工诉求超法律基准类劳资纠纷中，员工诉求涉及无法律依据或者超出现行法律标准要求支付经济补偿的均超过 80%，而 2018 年上半年该数据超过 90%。

15. 进入诉讼阶段的劳动争议案件数量。2018年，因不服仲裁处理结果而进入诉讼程序案件的起诉率、改裁率比例均不到20%。

16. 欠薪垫付案件、人数及金额。2018年，深圳市欠薪保障基金垫付欠薪案件82宗，垫付人数为4130人，垫付欠薪金额3132.8万元。

17. 欠薪罪案件数量、刑事拘留人数。2018年，深圳全市人力资源社会保障行政部门向公安机关移送涉嫌拒不支付劳动报酬犯罪案件92宗，其中公安机关立案68宗，刑事拘留42人。2016年至2018年9月底，公安机关对人力资源社会保障部门移送的涉嫌拒不支付劳动报酬犯罪案件192宗，刑事拘留123人。2013-2015年，深圳市人力资源和社会保障部门向公安机关移送300宗涉嫌拒不支付劳动报酬犯罪案件，公安机关立案243宗，刑事拘留189人。

18. 社会保险欠费查处情况。2018年，全市共清理社会保险欠费企业51380家，清理社会保险欠费44652.99万元。

19. 欠缴住房公积金查处情况。2018年全市住房公积金缴存执法案件立案18979件，结案4550件，为4000多名投诉职工追缴了住房公积金；对1家单位作出行政处罚决定；申请法院强制执行案件1,891件。

【参考文献】

[1] 汤庭芬等：《深圳劳动关系发展报告》，社会科学文献出版社。

[2] 《2018年度深圳市社会保险信息披露通告》。

[3] 《深圳市住房公积金2018年年度报告》。

编者：曾凡新，北京大成（深圳）律师事务所合伙人、大成中国区劳动与人力资源专业委员会执行主任、深圳市律师协会劳动与社会保障专业委员会主任、深圳大学劳动法和社会保障法研究所客座研究员、广东省律师协会劳动法律专业委员会委员、深圳市人大常委会立法调研基地法律专家、深圳市劳动能力鉴定委员会委员。

改革开放四十年：鹏城劳动争议札记

林乐军，广东华途律师事务所

过去的一年是中国改革开放的四十周年，2019年也是深圳建市40周年。

可以说，深圳的发展，与改革开放、港商北上、发展民营企业密不可分。私营经济的发达、人口流动的频繁、制造工厂的密集，与法律法规和企业管理的不完善纵横交错在一起。

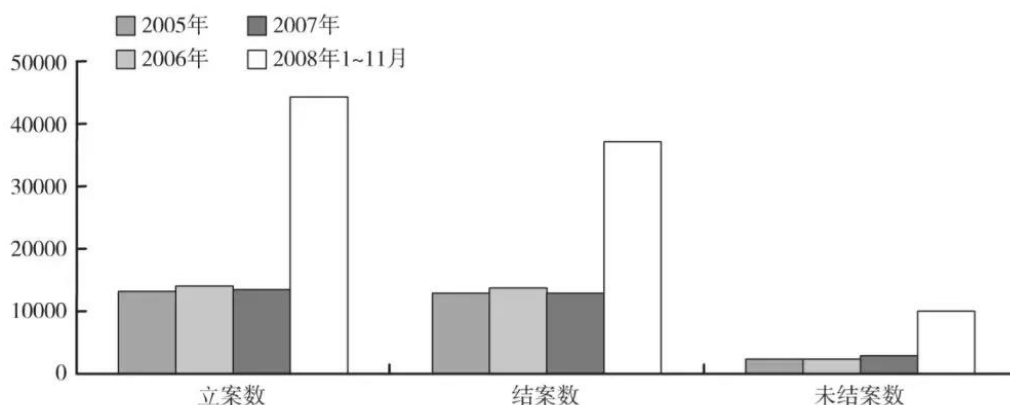
深圳经济领先、蓬勃发展的背后，劳资矛盾处在紧绷状态。透过深圳劳动争议近些年发生的变化，也能够看到中国各个城市在改革开放的背景下，劳动争议的更迭。

上半场：2008年起至2010年底，

《劳动合同法》施行遇见全球经济危机

劳资冲突的潘多拉盒子被打开

2008年1月1日《劳动合同法》正式施行，彻底释放了劳资双方、特别是劳方的宣泄口，劳动者找到了期待已久的抓手。



这一年，深圳劳动基层裁判人员忙成了一团。在深圳市劳动人事仲裁院公布的一组数据中看出，相比2005年至2007年的平稳态势，2008年仲裁院全年劳

劳动争议仲裁立案(含立案前联调)总量超过 52141 宗,几乎达到了 2005 年至 2007 年三年之和,创下历史之最。

深圳监察、仲裁、维稳、街道等劳动相关基层工作人员开足马力,深圳市劳动仲裁委大量招聘兼职仲裁员,法院借调内地城市法官,大量劳动案件的开庭被安排在双休日或者夜晚。直到如今,深圳市劳动仲裁委仍保持着每周周末开庭的“良好传统”。

你可还记得,2008 年还有几个关键词:全球经济危机、A 股股灾、政府打击房市炒作、奥运与维稳。深圳作为出口外向型、外资密集型、初期劳动密集型城市,受其影响最深。

全球经济危机严重影响了港口码头,深圳集装箱装卸工人、货车司机大罢工;股灾冲击了金融创新,政府打击房市炒作,房价低迷交易量极度萎缩,著名的房产经纪公司中天置业、创辉租售破产、倒闭。

我参与处理了盐田港、赤湾港、妈湾港五百辆集装箱拖车、上千人次的大罢工及百人级别的集体劳动仲裁,切身感受到在《劳动合同法》出台和全球经济危机的双重刺激下,劳动争议的爆发。

劳动仲裁是法院一审的前置程序。随着裁审衔接、庭前调解等一系列措施的开展和落地,劳动仲裁的“滤网效应”近年来日益凸显。但在《劳动合同法》实施的前后几年,由于深圳经济的高速发展,前期的劳资矛盾积怨之深,当时还不足以在劳动仲裁阶段便得到解决,双方均去到了法院进行博弈,仲裁的“滤网效应”并不明显。反而,在 2006-2010 年间,法院一审阶段“滤网效应”较为显著。

在劳动法领域,自 2008 年起,深圳政府、司法机关立法立规的狠劲也前所未见。特别是深圳市中级法院、深圳市劳动仲裁院仿佛开挂一般,以一年近乎两个规定的频率颁布指导意见、座谈会纪要。其法律法规、政策解读的发布频率之高,在法律细分领域实属罕见。

这让我们看到,在庞大数量的劳动纠纷面前,因现实复杂棘手、矛盾的尖锐程度,地方行政、司法工作者均出现明显的焦虑,地方行政、司法机关不得不大

量通过“会议纪要”的方式来进行补充完善，以保证不同部门能够就同一问题达成共识。

由于历史欠账的存在，相较于经济补偿及赔偿金问题，“未签劳动合同双倍工资差额”及加班费的诉求，在《劳动合同法》颁布之初更为凸显。在“未签劳动合同双倍工资差额”问题上，劳动者赢多输少，企业除与员工补签劳动合同外，难有胜诉的可能性。且一般涉及标的额巨大，遇上集体纠纷，几乎能把一些低端制造业工厂打趴下。

对于加班费的问题，深圳的司法实践中，要求企业对员工的工作小时数负有举证责任。就加班问题，企业须提供“有员工签名的考勤记录，或者电子考勤记录应被员工认可”，否则应对员工主张的加班小时数承担不利后果。这种观点一度在深圳司法界占据主流，导致只要企业无法提供合法有效的考勤记录，员工主张其每天加班几个小时，仲裁及法院一般均采纳员工意见。

直到 2009 年某月起，针对劳动者“加班小时数”的滥诉，深圳各级劳动委与各区法院达成不成文共识：在企业无法举证情况下，劳动者主张加班费的，平时加班仅支持每天 1 小时、周末加班仅支持每天 8 小时；超出的小时数，劳动者未有证据的，一般不支持。

对于加班费劳动争议诉求的裁、判决口径问题，在 2010 年 9 月出现转折点。当月，最高法院出台《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（三）》，要求劳动者应就加班的事实进行举证。深圳地区在此基础上对企业进一步予以倾斜：如劳动者无法证明加班事实的，对其主张加班费一般不予支持。

自此，劳动者仿佛透支了前几年的好光阴，在深圳追索加班费变成了一件吃力不讨好的事情。

而 2010 年年底之后，对于“未签订劳动合同”问题，经历了劳动者前两年的合法“围剿”，绝大多数企业在这个问题上交足了“学费”，弥补了管理上的漏洞。

下半场：2011 年起至 2018 年底

常态、适应

2010年10月起，未签劳动合同双倍工资差额纠纷减少，在“劳动者须证明存在加班事实”后，加班费诉求难以得到支持，深圳劳动纠纷的标的额总体大幅下降，《劳动合同法》的实施进入“下半场”。

2011年起，劳动者诉求变的五花八门，劳动争议诉求似乎变得不太聚焦。但在此过程中，另外一种纠纷类型逐渐被劳资双方所重视，那就是：**解除或终止劳动关系所导致的经济补偿或赔偿金问题。**

事实上，解除或终止劳动关系所导致的经济补偿或赔偿金问题，自2008年起至2018年，一直是劳资矛盾高发的主要领域。只是在2011年之前，由于“未签劳动合同双倍工资差额”、“加班费”两种纠纷类型锋芒过于闪耀、标的额巨大，加上深圳城市人员流动频繁，导致“员工工龄相对较短”，掩盖了该问题的重要性。鉴于多数企业的管理漏洞、举证难度，解除或终止劳动关系所导致的经济补偿或赔偿金问题，劳方在司法实务中更容易获得诉讼主动地位。

2011年之后，双方的主战场逐渐转移至该问题的争夺上。伴随着劳动关系的解除或终止，劳资双方遂以在经济补偿或赔偿金计算基数、年限及其封顶问题、未休年休假工资支付问题，社保合规缴纳问题，工伤保险待遇（差额）问题等多种领域展开博弈。

伴随广东省政府倡导的“腾笼换鸟”政策的大环境，低效能与劳动密集型企业逐渐淘汰出深圳特区；企业的法律和规范化管理意识，在政府的普法宣传下，加上前些年交的“学费”，逐渐觉醒与强化。政府在处理因劳资冲突引起的群体性事件中也趋于理智、成熟。大家逐渐适应了劳动纠纷长期保持高位。

2018年8月，深圳市中级人民法院与深圳市劳动人事争议仲裁委员会联合发布《深圳市劳动争议裁审工作白皮书（2013-2017年）》。相比于**2006-2010年**，深圳劳动争议的下半场，劳资双方显得更为理性与成熟。

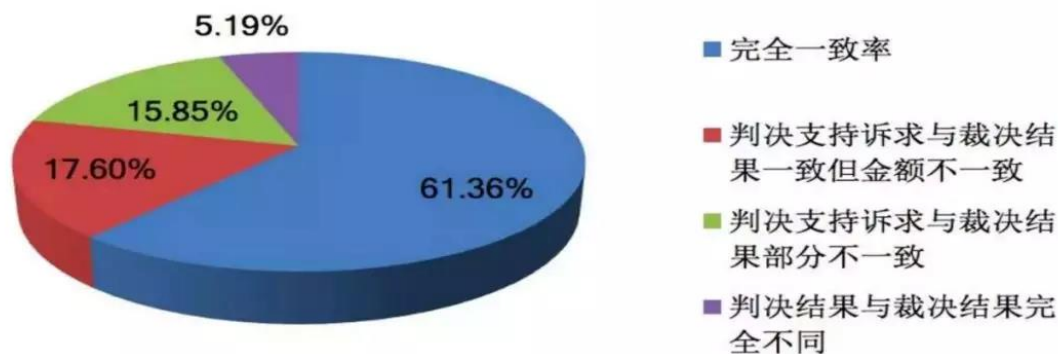
图1：2013-2017年深圳市劳动争议案件裁审情况



2013-2017年，深圳市劳动仲裁机构共立案受理劳动争议案件149403件。这五年，深圳劳动仲裁阶段的案件（包括受理与不予受理）平均维持在3.1万宗，相比2008年有所降低，但已常态化处在高位；2017年，全市仲裁机构办结的集体争议仲裁案件中，92%的集体争议当事人经仲裁程序解决了争端。仲裁前置分流效果在2013-2017年较为突出，劳动争议仲裁滤网得到明显改观。

在该期间，劳动者维权趋于理性，企业管理趋于合规；部分企业主与企业高管认为，企业在出现一定数量可控的劳动纠纷，有助于企业发现内部的管理问题。发现问题予以正视并尽早有效解决，企业能改善管理、提升员工忠诚度从而提升效率，在外部竞争中获得有利地位。双方在劳动仲裁阶段即达成和解的比例大幅提高。

图3：劳动争议裁审衔接同裁同判情况



《深圳市劳动争议裁审工作白皮书（2013-2017年）》显示，从劳动争议裁审衔接的情况来看，2013-2017年期间，法院判决与仲裁裁决完全一致或大部分一致，比例高达78.96%，成为大概率事件，判决结果与裁决结果完全不同的比例仅为5.19%。这说明，在2013年至2017年期间，深圳劳动仲裁机构与深圳两级法院在多数问题上，达成了一致意见。这其中这少不了“会议纪要”的功劳。

回顾下2011年至2018年期间，从深圳劳动仲裁、各级法院公布的判例结果看，员工易胜诉的诉求主要集中在：未签劳动合同二倍工资差额、经济补偿或赔偿金；拖欠、克扣的工资，未休年休假工资，怀孕和工伤职工的诉求等。

2019年，“社保税征”、“税改”成为高关注领域。根据目前劳动争议呈现的特点，企业HR可更多关注上述领域，根据自身企业实际情况，有针对性的完善管理制度、防范于未然。

后记

四十年前的宝安县，随改革开放的东风，乘风破浪、披荆斩棘。曾经眼见隔岸的香港灯火辉煌、高楼林立，如今风口更迭，世事流转。在数不清的企业、几代劳动者共同努力与见证下，深圳从追赶时代到引领时代，创造了经济奇迹。

未来，深圳必将继续发挥孺子牛精神，创新、务实、奋斗不息。没有梦想，何必深圳。

推进人力资源合规优化，构建新时代和谐劳动关系

曾凡新，北京大成（深圳）律师事务所

序言

“劳动关系是生产关系的重要组成部分，是最基本、最重要的社会关系之一。劳动关系是否和谐，事关广大职工和企业的切身利益，事关经济发展与社会和谐。党和国家历来高度重视构建和谐劳动关系，制定了一系列法律法规和政策措施并作出工作部署”。《中共中央、国务院关于构建和谐劳动关系的意见》将和谐劳动关系构建提升到国家战略的高度，从二十六个方面明确了构建和谐劳动关系的指导思想、工作原则和目标任务。

为认真贯彻落实党中央和国务院的决策部署，各级人民法院、人力资源和社会保障行政部门等对于具体的劳动争议问题，制订、出台了大量司法解释、指导意见、座谈会纪要、问题解答等，《劳动争议审判白皮书》《劳动争议典型案例》也是比较常见的普法宣传方式。

劳动争议的处理因个案差异导致裁判结果可能存在“同案不同判”的现象，让人力资源管理者或法务工作者产生较多困惑。换个角度，正是因为人力资源合规优化的研究学习素材极多，付出足够多的时间和精力，便能通过人力资源合规优化体系构建增加企业商业价值，通过模块设计实现系统化规范管理，通过一系列方法与工具实现人力资源运营项目的落地、执行。

一、人力资源合规优化的最高目标是为企业增加商业价值

1. 人力资源合规优化是企业治理的重要组成部分

合规，“合”意指符合、遵从，“规”主要指外部法律法规与规章制度、内部规章制度及行为准则。人力资源运营，对外要严格遵循政策法规，还要对内制定并执行规章制度。

基于职工普遍处于弱势、举证能力相对较弱的状况，国家在立法、执行、司法等层面皆对其适度倾斜，事实上对企业提出了更高、更严的管理要求。如何在

现行严苛政策法规、优化营商环境的双重背景之下，平衡、取舍、抉择，善用经营决策权和用工自主权，才是企业真正应当思考的方向和路径。

人力资源运营的合规优化，是防范劳动用工法律风险、创造人力价值最大化的根本路径。

无规矩，不成方圆。企业运营管理立规矩，将一切工作事务落实到岗位职责、落实到绩效达成，必须通过人力资源合规优化来完成。律师在提供全面、综合的法律风险管理服务过程中，也无不将具体的法律风险点嵌入到管理流程节点之中，落实到岗位职责与实操要求上来。

2. 律师在人力资源合规优化中担当业务伙伴、战略伙伴的角色

对从事劳动法律业务的律师来说，主要的工作在于代理劳动争议案件，这是不争的事实，“不惜一切代价也要争取胜诉”“必须胜诉”是企业普遍的期望，“救火队员”是律师的标签。

解决个案，有价值。但是，律师可以通过人力资源合规优化体系的构建为企业创造更大价值。员工高效有序，在规则、流程、标准的指引下工作，必然能创造更多岗位价值。律师担当业务伙伴、战略伙伴的角色，助力企业人力资本持续增值。

华为总裁任正非早在《华为公司基本法》中就已经明确，“人力资本增值的目标优先于财务资本增值的目标”。人力资本才是创造财务资本的源泉和动力，正是基于对人力资本的重视，华为才持续取得耀眼的卓越成绩。

3. 合规优化工作不能止步于简单的咨询，应有深度、高度和广度

简单的劳动法律问题咨询，价值和意义有限。简单的法律问题，网上专业知识遍地皆是，人工智能工具甚至比我们律师回答的更为精准、快捷。

在对深圳企业提供劳动关系与人力资源法律咨询过程中，笔者深刻洞察到广大管理者、人力资源和法务从业者对人力资源管理方面的数据需求极高，主要集中在薪资福利、工时休假、离职经济补偿或赔偿金、社保公积金等 34 个方面，

为此，编写了一部工具书《深圳企业适用劳动法常用数据指引》，将国家、省、市在劳动和社会保障等方面的现行有效的法律、法规资料进行整合，抽取重要的数据元素，紧紧围绕人力资源实务需求设计，着重强调简明实用、查阅便捷，供企业人力资源管理者、法务工作者参考使用，颇受欢迎。

我们律师的工作不应止步于简单的数据查询、法条咨询，更多时候需要站在人力资本的深度、商业战略的高度、运营管理的广度思考，如何能为企业经营的成功助力。

二、人力资源合规优化体系构建的模块设计

1. 人力资源合规优化体系的理念与价值

模块思维，为人力资源管理领域所常用。众所周知的人力资源管理六大模块，就是通过模块划分的方式对企业人力资源管理工作所涵盖的内容进行的一种总结，包括人力资源规划、招聘与配置、培训与开发、绩效管理、薪酬福利管理、劳动关系管理。模块划分，是系统化的开始。

人力资源合规优化体系，通过组建专业法律合规团队，实施劳动关系与人力资源系统化合规梳理，实现帮助公司防控风险、规范经营，践行企业合规文化的目标。

在实施路径上，合规管理体系以建成一体化人力资源制度、标准、职责体系为工作目标，从制度框架体系建设、制度编写与优化、制度运行体系建设方面设计工作方案。最终，通过形成尽职调查清单、访谈备忘录、访谈调查报告，规章制度、文书表单、操作指引、律师问答等可视化文件，人力资源合规体系的公布、宣贯等呈现工作成果。

人力资源合规优化体系的价值主要体现在两个方面。对公司而言，体系具有提升管理效率、增强劳动关系风险防控能力、降低劳动风险的价值；对人力资源管理而言，其也能够达到树立劳动人事管理合规意识、强化人力资源管理能力等全面赋能的效果。

2. 人力资源合规优化体系的模块构建

综合十多年劳动关系与人力资源法律服务经验的总结与反思，笔者将人力资源合规优化体系概括为 8 大模块、28 个子模块。

第一模块，核心价值观。

包含企业文化与战略定位，历史沿革与组织架构，员工关系概况 3 个子模块。

第二模块，招聘入职。

包含招聘录用，入职与劳动合同的签订，劳动关系的确立与灵活用工，非劳动关系与相关人员 4 个子模块。

第三模块，在职管理。

包含劳动合同的履行、变更与续订，工作时间与休息休假，薪酬福利与绩效管理，培训与服务期，保密与竞业限制，社会保险费与住房公积金，安全卫生与职业健康，知识产权与知识管理 8 个子模块。

第四模块，行业准则。

包含劳动纪律、职业道德与规章制度，工会与民主管理，廉正与信用管理 3 个子模块。

第五模块，特情处理。

包含特殊员工管理，特殊情形下的员工关系处理，治安处罚与刑事追责 3 个子模块。

第六模块，人事管理。

包含人力资源管理系统，员工事务管理 2 个子模块。

第七模块，离职管理。

包含劳动合同的解除、终止，离职事务管理 2 个子模块。

第八模块，争议解决。

包含劳动保障监督、劳动争议仲裁、劳动争议诉讼 3 个子模块。

上面呈现的是八大模块，28 个子模块。每个子模块之下，同样包括着极为丰富的内容，以劳动合同的解除、终止为例，如下内容都值得深入研究、思考，如何以管理的方法来有效解决法律问题：

（1）用人单位单方解除劳动合同：过错性解除，无过错性解除，试用期解雇，严重违纪解雇，严重失职解雇，利益冲突解雇，合同无效解雇，刑事责任解雇，医疗期满解雇，不能胜任解雇，情势变更解雇，经济性裁员，末位淘汰等；

（2）劳动者单方解除劳动合同；

（3）终止劳动合同；

（4）协商解除劳动合同，视同协商一致解除劳动合同；

（5）自动离职，不辞而别，长期两不找等。

上面的任何一个要点，都有过劳动争议相关案例。既然在其他企业发生过劳动争议，便可以借鉴、参阅，思考如何优化本企业的管理，预防和避免相关劳动争议问题的发生。

三、人力资源合规优化体系构建的方法与工具

前已述及，人力资源合规优化体系，可以模块的方式构建。那么，如何高效推进合规体系的构建，必须要有适当的方式和工具。笔者特别介绍一个领导力模型以及一系列的交付工具。

1. “一体两翼”领导力模型

对人力资源合规优化体系构建正式立项之后，企业要将项目积极推进落实，需要项目团队成员的积极努力，项目团队既有律师成员，亦有企业人力资源部、法务部、合规部等工作人员。

作为律师团队的负责人，笔者基于小型项目团队负责和管理经验总结、提炼出一种管理模式，也是团队一直践行的工作理念和方法，命名为“一体两翼”领导力模型，该模型于2018年5月15日获得版权登记。

“一体两翼”领导力模型，项目为王是一体，是核心、基础；精益优化、协同有序是两翼。一体生两翼，两翼作用于一体，完美统一、锐意前行，形成彼此滋养、互动生长的组织生态效应。

（1）项目为王。

项目负责人的作用至关重要。明确项目、分解项目、做实项目，从计划、进度、执行、控制，直至复盘、结案，每一环节的工作都是项目负责人的基本功。对于人力资源合规优化项目，既需要项目整体的负责人，也需要各个子模块的负责人，统筹推进至关重要，项目思维必须贯彻始终。

（2）精益优化。

决定构建人力资源合规优化项目，是奔着价值而去的行动。企业领导层最担心的是，会否因为合规优化而增加工作复杂度、提升运营成本。因此，精益优化思维至关重要，去繁就简，简化事、赋能人，要有效率和效益的双重追求。消除浪费，断舍离任何无价值的言行、流程节点；创造价值，致力于让体系为人力资源创造价值、提供行动标准和指南。

（3）协同有序。

企业领导层享有经营决策权、用工自主权，需要建立内部规则、确立运行秩序。规范工作流程，有序前行。协同有序，说来轻松，贯彻落实不易。任务到岗、清单细化，责任到人、措施有力。列清单，任务点细化到不能再分割，一个又一个任务节点，清单式工作既能避免工作遗漏和差错，又能让每一位员工看到有序高效、持续前进的步伐。

“一体两翼”领导力模型的实践和探索，一直在路上，一个团队坚持践行项目为王、精益优化、协同有序，必然会取得一个又一个项目的成功，实现“事成人爽”的至高境界。

2. 项目成果以文书、流程、制度、培训等方式呈现

人力资源合规优化体系的构建，最终必须通过可视化的方式加以呈现。一套体系，必将通过一系列文件展现成果。

（1）规章制度汇编。

规章制度的完善、评审，最终形成汇编，并通过合情合理及合法性审查、民主程序，向全体员工告知或公示，在实体和程序上契合法律要求。

（2）文书模板汇编。

人力资源各类文书、表单、流程、协议，分门别类，形成汇编。

（3）法律风险点与合规建议集成。

人力资源管理，从招聘前，直到离职后，法律风险点众多，通过系统的整理，形成合规建议集成，并将所有建议项在岗位职责、流程节点上加以特别关注，有效防范。

（4）律师问答汇编。

对于人力资源部搜集的各类现实问题，由专业律师提供解答，作为内部参阅资料，有效指导劳动用工管理工作。

（5）案例警示与案例汇编。

对于内部发生过的争议，其他公司发生过的案例，可以整理成册。

（6）定期培训和宣传。

有了规章制度、文书模板、内部资讯等，还要通过培训的方式，让非人力资源管理人员有基本认知，让人力资源相关人员知道如何有效执行，让全体员工知道公司要求的行为准则。

笔者创办了《劳动法同学会》微信公众号，在喜马拉雅 FM 上开办《劳动法同学会》同名音频专辑，实际上就是通过法律宣传、微课培训的模式，向卓有成效的管理者、HR 和法务提供劳动法领域的知识、问题和解决方案。

（7）专题研究报告。

针对企业某个或某类特别重要的事务，可以委托律师编辑专项报告，也可订阅律师团队编辑的专题报告。笔者所在团队编辑的《深圳企业竞业限制案例研究与实务建议专题报告——直击 22 项问题，助力法治合规》《中国重点城市企业调岗、调薪、调整工作地点案例研究报告》《用人单位解雇违反利益冲突规章制度员工的案例研究报告》皆属此种类型，通过案例研究的方式，为人力资源管理提供活泼生动、切实有效的建议。

（8）司法观点集成。

法官通过裁判个案，将“纸上的法律”变成活的法律，裁判文书不仅能定纷止争，随着上网公开的全面落实，还具有输出裁判规则、推进法治宣传之功能。研究、汇总深圳市中级人民法院的裁判规则，笔者所在团队还编辑《深圳市法院劳动争议案件司法观点集成》，为人力资源管理、劳动争议预防和解决提供最具价值的实务参考资料。

结语

劳动关系矛盾已进入凸显期和多发期，劳动争议案件长期居高不下，劳动者维权意识普遍增强，构建和谐劳动关系的任务艰巨繁重。

对于企业来说，应当切实履行好主体责任，抱怨劳动领域政策法规的倾斜保护、责怪仲裁委员会及人民法院裁判不够公允，解决不了自身的问题，企业真正要做的，就是依法依规做好人力资源运营管理工作，积极、高效推进人力资源合规优化。推进人力资源合规优化，构建新时代和谐劳动关系，需要倍加重视、积极落实、持续改善。

作者：曾凡新，北京大成（深圳）律师事务所合伙人、大成律师事务所中国区劳动与人力资源专业委员会执行主任、深圳市律师协会劳动与社会保障专业委

委员会主任、深圳大学劳动法和社会保障法研究所客座研究员、深圳市人大常委会立法调研基地法律专家、深圳市劳动能力鉴定委员会委员、《劳动法同学会》（微信公众号/喜马拉雅 FM 音频专辑）主理人。

新业态劳动用工对传统劳动法的挑战

胡庆海 陈玥，北京观韬中茂（深圳）律师事务所

新业态经济是基于互联网平台所产生的一种新型经济运营形态。在“互联网+”的逻辑下，互联网平台与实体经济深度融合，出现了大量地新业态企业，例如外卖平台、网络直播平台以及网购平台，等等。

新业态企业快速增长的同时也催生出多种劳动用工形式。与传统劳动关系相比，新业态劳动用工模式呈现出自主性和灵活性。基于二者的差异，新业态劳动用工关系也对传统劳动法的使用提出了挑战。针对新业态劳动用工，各地相继出台了相关官方文件，为有效规制新业态劳动用工提供指引。

本文将对新业态企业下的劳动用工模式与传统行业（以制造业为典型）下的劳动用工模式进行分析，指出现有劳动法的框架已经不能适用于新业态企业，存在诸多需要解决的问题，并提出相应的建议。

对于律师从业者而言，掌握新业态劳动用工模式的特征，有助于律师在起草劳动合同等法律文件时，贴合客户的商业需求，把控劳动用工风险，提高法律服务的质量。

一、新业态劳动用工的特征

作为信息化时代的产物，新业态用工模式与基于工业革命为背景产生的传统用工模式，在工作地点、生产资料提供者、工作内容、工作时间、薪酬结算等方面存在显著的差异。

在工作地点方面，传统劳动关系的劳动者有相对固定的工作场所，而新业态从业者的工作地点通常不具有固定性，以外卖行业为例，劳动者的具体工作地点随着消费者所在位置而变动，表现出跨区域性、变动性，并不局限于特定的场所内。

在生产资料提供者方面，传统劳动用工的劳动者，生产资料由用人单位提供，例如办公场所、办公设备，而新业态从业者的生产资产通常是自备的形式，例如外卖行业的从业者通常自备电动车等运输工具。

在工作内容方面，劳动者是按照用人单位的指示提供劳动，工作内容通常与用人单位的经营活动密切相关。新业态企业的经营者范围通常为信息媒介的平台运营或信息提供服务，而从业者所提供的是特定的服务，具体的工作内容随着消费者的需求而变动，从业者的特定工作内容并不是新业态企业的主营业务。

在工作时间方面，传统劳动用工的劳动者需要遵守用人单位关于工作时间的管理规范，在用人单位规定的工作时间内提供劳动，而新业态从业者可自主选择具体的工作时间，仍以外卖行业为例，劳动者可选择每天具体的送货时段，以及每周工作的天数。

在薪酬结算方面，由用人单位按照统一的标准收取商品或服务费用，之后，由用人单位再按照一定周期向劳动者支付劳动报酬。在新业态劳动用工关系中，

报酬收取方式包括消费者直接向从业者支付和消费者向新业态企业支付两种。

从以上相关方面的对比可以看出，相对于传统劳动用工而言，新业态劳动用工体现出灵活性和从业者的高度自主性。

当然，上述对于新业态劳动用工与传统劳动用工的区分，只是针对二者较为突出的差异之处作出的概括性描述。实际上，在互联网等新技术的冲击下，很多传统行业的劳动用工模式也发生了明显的变化。

二、新业态劳动用工对我国现行劳动法框架提出的挑战

相对于传统劳动关系而言，新业态劳动用工呈现出自主性、灵活性。这在一定程度上降低了用人单位的用工成本，实现了灵活雇佣的需要。并且丰富了就业形式，迎合了不少“新生代劳动者”对独立、自由工作的向往，实现了用工方式

由“单位+劳动者”变为“平台+服务者”的革新。¹但是，新业态劳动用工也对我国现行劳动法律法规提出了挑战。

我国现行劳动法律法规的立法背景是基于对传统劳动用工关系进行规制所设立的规范。基于新业态劳动用工不同于传统劳动用工的特点，使得我国现行劳动法律法规在规制新业态劳动关系时面临诸多挑战，主要体现为以下几个方面：

（一）关于事实劳动关系的认定标准

2019年6月18日，青岛法院发布了《新业态用工纠纷审判白皮书（2016-2018）》。2018年4月10日，北京朝阳区人民法院发布的《互联网平台用工劳动争议审判白皮书》。上述两份官方数据显示，认定双方是否存在劳动关系是新业态劳动纠纷案件的核心问题。

在我国现有劳动法律框架下，劳资双方存在劳动关系是适用有关劳动法律法规的前提。劳动关系的建立与用人单位负担的法定义务、劳动者享有的法定保护直接相关。因此，确认劳资双方之间是否存在劳动关系具有重要意义。

《劳动合同法》第十条第一款规定：“建立劳动关系，应当订立书面劳动合同。”根据上述规定，若新业态劳资双方签订了书面的劳动合同，可以认定双方存在劳动关系。在此情形下，并不存在认定劳动关系的障碍。对认定劳动关系提出挑战的是关于事实劳动关系的确认，即劳资双方未签署书面劳动合同或所签署的是合作协议、承揽协议、承包协议等其他文件的情况。

目前，我国司法实践中对于事实劳动关系的确认，仍然采用原劳动部于2005年发布的《关于确立劳动关系有关事项的通知》（劳社部发〔2005〕12号）。《关于确立劳动关系有关事项的通知》第1条规定：“用人单位招用劳动者未订立书面劳动合同，但同时具备下列情形的，劳动关系成立。（一）用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格；（二）用人单位依法制定的各项劳动规章制度适用于劳动者，劳动者受用人单位的劳动管理，从事用人单位安排的有报酬的劳动；（三）劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。”

¹ 倪政韦、王玲、俞寅杰、吴敏婕、瞿明、张琼：《新业态下劳动关系的认定》，载于微信公众号“上海劳动关系协调员服务平台”，2018年11月20日。

从以上规定可以看出，在确认事实劳动关系时，除劳资双方需要符合主体资格条件之外，其他条件均强调用人单位与劳动者之间具有紧密的从属性，即用人单位对劳动者进行管理和监督，具体可分为人格从属性、经济从属性。

人格从属性体现在：其一，用人单位根据劳动合同的约定，指示劳动者完成特定的工作任务，劳动者有义务向用人单位提供相应的劳动；其二，用人单位依法制定的规章制度，劳动者作为用人单位的成员，在提供劳动的过程中应当遵守用人单位的规章制度，服从用人单位的管理。传统劳动关系中劳资双方之间的人格从属性是劳动关系与劳务关系的区别所在，也是劳动法律对劳动者进行特殊保护的重要原因。

然而，在新业态劳动用工中，劳资双方的人格从属性相对弱化。一方面，从业者在一定程度上接受企业的管理，例如，从业者需要穿戴统一的服饰，遵从企业制定的服务流程，否则，可能会面临罚款等惩罚措施；另一方面，从业者可以自行决定具体的工作时间、工作时长、地点，享有较大的自主性。

经济从属性体现在：由用人单位按照统一的标准收取商品或服务费用，之后，由用人单位再按照一定周期向劳动者支付劳动报酬。在新业态劳动用工关系中，

报酬收取方式包括消费者直接向从业者支付和消费者向平台企业支付两种。例如，在网络直播行业，消费者直接通过账户向从业者支付报酬，平台企业再按照一定比例收取服务费用，而在网约车行业，由平台企业直接收取费用，在抽取一定比例的服费用后，再向从业者支付报酬。从业者与平台企业直接约定按照比例分成，从业者获取报酬并非单纯出于为他人营业的目的。

（二）关于劳动者的法定劳动保障

《劳动法》第七十二条规定：“用人单位和劳动者必须依法参加社会保险，缴纳社会保险费。”根据前述规定，用人单位与劳动者建立劳动关系，应当为劳动者缴纳社会保险。社会保险待遇是劳动者的一项法定权利，直接关系到劳动者的切身利益。

当前，我国各项社会保障、劳动基准保护以存在劳动关系为前提，如工伤保险、侵权责任承担等。如从业者与互联网平台构成劳动关系，则可享受劳动和社会保障，如不构成劳动关系，则无权享受劳动和社会保障。²

新业态企业为了节省用工成本，往往与从业者签订合作协议、加盟协议约定双方为民事关系来规避劳动法律法规适用。在新业态从业者与平台企业存在事实劳动关系的情况下，首先，劳动者将无法享受社会保险待遇。其次，企业作为用工主体一方，在劳动报酬标准、最低休息时间等劳动基准保护方面往往拥有较大的话语权，若企业与劳动者的约定低于最低法定标准，那么，劳动者的权益将得不到应有的法律保护。

（三）关于劳资双方权责关系

根据《侵权责任法》第三十四条第一款之规定，用人单位的工作人员因执行工作任务造成他人损害的，由用人单位承担侵权责任，适用无过错责任。而作为单位，如劳动者具有重大过失，可根据《劳动合同法》及其内部规章制度，对员工予以追偿。

在新业态劳动用工中，企业的平台运营是以虚拟化的方式存在，由从业者直接与消费者直接对接。在从业者执行任务时，在发生服务、交通等侵权纠纷时，

往往都是由从业者进行赔偿。相对于新业态企业而言，从业者自身的经济水平有限，受害人的经济赔偿等要求可能得不到履行。

（四）关于政府机构的劳动监管

根据《劳动保障监察条例》、《职工带薪年休假条例》、《劳动合同法》等法律法规的规定，用人单位应当建立相应的工会，由工会对用人单位的用工行为进行监督。并且赋予劳动保障部门相应的执法权，对用人单位的行为进行监督和规范。

然而，受制于新业态劳动用工的特点，新业态劳动用工模式突破了传统的行政监管方式，政府部门很难针对新业态劳动用工开展有效监管。首先，企业平台

² 朝阳法院：《互联网平台用工劳动争议审判白皮书》，载于微信公众号“朝阳法苑”，2018年4月10日。

化是新业态企业发展的最新趋势。平台化的发展使得企业更为小微化，从业人员数量规模剧增和小微企业分散化、隐蔽化的特点，使得政府对该领域的主动监察行为难以实施。³其次，从业人员工作时间的碎片化、工作地点的不固定，使得在新业态企业中建立工会存在一定困难，无法及时相应从业者的诉求，也无法对用人单位进行有效监督，从业人员的申诉渠道不畅。

三、新业态劳动用工规范的探索

为了缓解劳动法律法规的刚性，各地相继出台了关于新业态劳动用工的官方文件，对规范新业态劳动用工提供指引。

2019年11月5日，浙江省人力资源和社会保障厅发布了《关于优化新业态劳动用工服务的指导意见》（以下简称《意见》）。该《意见》允许新业态企业采用灵活多样的劳动用工方式。在现有劳动法框架下，新业态企业可以与从业者建立劳动关系、劳务关系，采取劳务派遣、合作关系等形式，在一定条件下，从业人员可以建立多重劳动关系；新业态从业人员可以按规定先行参加工伤保险，鼓励引入商业保险，等等。

2018年7月18日，广东省高级人民法院、广东省劳动人事争议仲裁委员会《关于劳动人事争议仲裁与诉讼衔接若干意见》（粤高法发〔2018〕2号）第二条规定：“网络平台经营者与相关从业人员之间的用工关系性质，原则上按约定处理。如双方属于自负盈亏的承包关系或已订立经营合同、投资合同等，建立了风险共担、利益共享的分配机制的，不应认定双方存在劳动关系。实际履行与约定不一致或双方未约定的，以实际履行情况认定。”在上述意见中，充分尊重了劳资双方达成合同的合意，允许劳资双方就具体的用工形式进行约定。

四、关于如何规范新业态企业用工行为的建议

首先，政府机构应当明确新业态劳动用工的灵活性和高度自主性是由新业态经济的形态所决定的。在规范新业态劳动用工的问题上，政府机构应当坚持包容审慎的原则，尊重新业态劳动用工的特点，制定即保证企业利益又能维护从业者合法权益的规定。

³ 《新业态下就业及劳动用工问题研究》，载于微信公众号“北京劳动就业报社”，2018年1月29日。

其次，政府机构在制定有关新业态劳动用工的规范时，可以以现有规范中关于事实劳动关系的从属性标准为依托，尊重劳资双方订立合同的合意，对劳动关系和非劳动关系二者进行分类，分门别类地进行界定和细化规定，从而有效地缓和劳动法律的刚性。例如，可以借鉴现行浙江省的做法，允许新业态企业采取灵活多样的用工方式，与新业态企业建立劳动关系的从业者，新业态企业应当与其依法签订书面劳动合同，并缴纳社会保险；未与新业态企业建立劳动关系的从业者，新业态企业可以通过劳务外包、加盟协作和其他合作关系等形式，与新业态从业人员签订民事协议，合理确定企业、从业人员、合作单位的权利和义务，引导新业态企业和从业人员参加医疗、人身意外伤害等商业保险，为新业态从业人员提供保障。⁴

再次，新业态企业在用工时，建议企业根据实际用工情况，与从业者签订书面合同或协议，明确双方双方的权利义务，减少劳动用工法律风险。对于直接用工关系的劳动关系或劳务派遣关系，企业可与从业者订立劳动合同，并按照劳动法律规定为劳动者缴纳社会保险，执行劳动基准保护；对于基于合意成立的民事关系，更应订立书面协议，明确双方的具体合作细则及侵权责任承担问题。

最后，由于大多数的新业态企业是初创企业，对于企业的劳动关系管理方面缺少经验，往往导致企业面临劳动争议。作为法律服务提供者，我们需要切实注意新业态企业的最新发展，并留意地方关于新业态企业用工的最新规定，如上述广东、浙江。在可行的范围内，细化我们的服务。比如：为新业态企业设计量身定做的劳动合同及其他法律文件；在法规及政策许可的范围内，不采用劳动用工，而通过其他民商事协议予以实现，比如居间合同、咨询合同等。这些都需要律师结合个案深入研究后，才能确定是否在现行劳动法框架下是可行的。

⁴ 浙江省人力资源和社会保障厅发布了《关于优化新业态劳动用工服务的指导意见》，2019年11月5日。

从四个劳动争议案例详细分析录用条件的若干问题

冼武杰，广东华途律师事务所

案例 1:

孙某甲于 2017 年 6 月 1 日入职甲公司担任会计职务，双方签订劳动合同，约定：“劳动合同期限 1 年，试用期 2 个月。”

试用期内，同事发现，孙某甲容易劳累，而且工作业绩不是很理想，经过了解之后，才知道，孙某甲怀孕了。

2017 年 7 月 16 日，HR 通知孙某甲，说孙某甲在试用期被证明不符合录用条件，甲公司予以辞退。

孙某甲遂申请劳动仲裁。庭审中查明：双方未约定录用条件。

裁决结果:

认定甲公司违法解雇。

法条链接:

《劳动合同法》

第三十九条 劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同：（一）在试用期间被证明不符合录用条件的；

案例评析:

甲公司依据“在试用期间被证明不符合录用条件的”条款解雇孙某甲。首先，甲公司得有录用条件吧，甲公司连录用条件都没有，凭什么说孙某甲不符合录用条件？所以，劳动仲裁裁决甲公司败诉。

注意事项:

首先要有录用条件。

案例 2:

乙公司通过招聘网站发布了招聘销售经理的招聘广告，要求如下：1、本科以上学历；2、英语水平良好，CET-6 以上水平；3、五年以上同行业从业经验；4、良好的沟通能力，责任感强、积极上进并富有强烈的企图心；5、有一定的领导能力和团队合作精神。

孙某乙经过面试后于 2017 年 6 月 1 日被乙公司录用，双方签订了劳动合同，约定：“劳动合同期限 3 年、试用期 6 个月，岗位是销售经理，工作任务是制订销售计划和营销策略并负责实施，且每月的销售额应在 100 万元以上。”

入职 4 个多月来，孙某乙的销售业绩并不是很好，平均每个月只有 30 万余元，还低于销售专员的业绩。

2017 年 10 月 15 日，HR 通知孙某乙，说孙某乙在试用期被证明不符合录用条件，乙公司予以辞退。

孙某乙遂申请劳动仲裁。

案例分析:

乙公司辞退孙某乙是不是合法辞退，取决于三点事实：1、孙某乙是不是在试用期内？2、孙某乙的录用条件是什么？3、孙某乙有没有不符合录用条件？

本案中，孙某乙显然是在试用期内。

那孙某乙的录用条件是什么呢？

乙公司认为：孙某乙每月的销售额应在 100 万元以上，这个是其录用条件。

劳动仲裁观点：本案中，双方并没有约定“关于孙某乙月完成工作任务”的录用条件，双方只是在劳动合同中约定了孙某乙的工作任务。现在孙某乙完不成劳动合同约定的工作任务，只能认定孙某乙不胜任工作，而不能认定孙某乙不符

合录用条件,故乙公司以孙某乙“在试用期间不符合录用条件”为由解雇孙某乙,构成了违法解雇。

案例启示:

如果双方未明确劳动者的工作任务指标为录用条件的重要组成部分,劳动仲裁就认为,工作任务指标不是录用条件,此时,公司根据劳动者的工作业绩作为解除理由的,就认定解除情形属于劳动者不胜任工作,而非劳动者不符合录用条件。

故双方要明确劳动者的工作任务指标为录用条件之一。

思考:

怎么样明确录用条件呢?

我比较推崇这两种做法。

一种做法是设计一份录用条件告知书,让劳动者签字确认。

另一种做法是在劳动合同中明确约定录用条件是什么或不符合录用条件的情形是什么,这样也是可以的。

案例 3:

孙某丙于 2017 年 6 月 1 日入职丙公司担任实验室化验员职务。双方签订劳动合同,约定:“劳动合同期限 3 年,试用期 6 个月。鉴于乙方(孙某丙)的工作性质,怀孕会影响乙方履行工作任务,故乙方在试用期间怀孕的,将被视为不符合录用条件。”

2017 年 10 月 15 日,孙某丙告知丙公司其怀孕。

2017 年 10 月 18 日,HR 通知孙某,说孙某丙在试用期被证明不符合录用条件,丙公司予以辞退。

孙某丙遂申请劳动仲裁。

案例分析：

案例的焦点是：双方在劳动合同中约定：“鉴于乙方（孙某丙）的工作性质，怀孕会影响乙方履行工作任务，故乙方在试用期间怀孕的，将被视为不符合录用条件”，该约定的录用条件是否合法？

法律、法规对怀孕女职工予以特殊的保护，不允许单位以女职工怀孕为由解雇女职工。

丙公司观点：女职工怀孕了，实验室做化验工作，会有辐射，会对胎儿有影响，该岗位就不适合怀孕女职工了，故丙公司跟女职工约定这样的录用条件是合法的。

丙公司的观点有道理吗？

我们说，没有道理。

只能说，某个岗位适合不适合女职工，不能说某个岗位适合不适合怀孕女职工。如果这样说的，就构成了就业歧视。

一个岗位，不可能女职工不怀孕的时候就是合适的，怀孕的时候就变成不合适了。

这个逻辑，在法律上肯定是不受保护的，因为歧视了怀孕女职工。

所以，双方约定的录用条件是违法的，丙公司以此为由解雇孙某丙，就构成了违法解雇。

注意事项：

录用条件的约定要合法。

案例 4：

2017 年 7 月 1 日，孙某丁入职丁公司担任销售经理，双方签订了劳动合同，约定：“劳动合同期限 3 年，试用期 4 个月（2017 年 7 月 1 日至 2017 年 10 月

31日），试用期间，孙某丁要完成销售业绩200万，否则，就是不符合录用条件。”

2017年10月30日，HR通知孙某丁，说孙某丁在试用期间的销售业绩只有127万，不符合录用条件，丁公司予以辞退。

孙某丁遂申请劳动仲裁。

案例分析：

丁公司辞退孙某丁是不是合法辞退，取决于三点事实：1、孙某丁是不是在试用期内？2、孙某丁的录用条件是什么？3、孙某丁有没有不符合录用条件？

本案中，孙某丁显然是在试用期内，孙某丁的录用条件是：试用期间，要完成销售业绩200万。

那孙某丁是否不符合录用条件呢？

劳动仲裁认为，丁公司不能证明孙某丁不符合录用条件，遂裁决丁公司败诉。

劳动仲裁的理由：双方约定的录用条件是孙某丁在试用期内完成销售业绩200万，但截至2017年10月30日，孙某丁的试用期还未届满，此时，无法认定孙某丁在试用期内未能完成200万的销售业绩。

劳动仲裁的逻辑也有道理，万一孙某丁在最后一天（2017年10月31日），人品爆发，签下一个大单，这就可以完成200万的销售业绩了，不排除这种可能性存在。所以，2017年10月30日，还不能认定孙某丁在试用期内无法完成200万的销售业绩，即无法证明孙某丁不符合录用条件。

注意事项：

录用条件的约定要合理，比如：截至2017年10月26日，孙某丁要完成200万的销售业绩，否则，就认定孙某丁不符合录用条件。

（备注：因为以试用期不符合录用条件为由辞退员工，尽量要提早考核员工，所以，业绩指标不用约定到试用期的最后一天。）

此外，录用条件的约定，除了要合法合理之外，还要具体明确、具有可操作性。比如约定英语水平良好，那什么样的水平算英语良好呢？就不明确了。但约定为英语水平良好，CET6级以上水平，就很具体明确，也很具有操作性了。

录用条件设计原则：

录用条件的设计应该遵循共性条款和个性条款相结合的原则。

所谓共性条款是指绝大多数单位和岗位的员工都应该具备的条款，比如：诚信条款、入职手续条款、健康条款、岗位职责条款、遵纪条款、兼职条款、绩效考核条款、争议纠纷条款等。个性条款就是本单位和本岗位独有的特殊要求条款。

企业确定录用后在实际用工前反悔的，应当就对求职者造成的损失 承担赔偿责任

彭湃、陈琳、卢恩冲，广东卓建律师事务所

【前言】

实践中，经常有企业会在向求职者发出 offer（即录用通知书）后，因反悔便在求职者入职报到前通知取消录用；甚至有企业已经与求职者签订劳动合同，但在求职者尚未实际到岗用工前，企业因反悔亦予以通知取消录用。有的企业认为，此时双方尚未建立劳动关系故可随意解约，无需承担法律责任；也有员工方认为，若求职者已接受企业录用邀请的，双方实际即已成立劳动关系，故此时应按违法解除劳动关系处理。对此，孰是孰非，我们将就其中涉及的法律关系及相应法律责任等问题进行分析，以期商榷。

【案情事实】

2016年5月27日，某公司向王某发送《录用通知书》，载明了录用岗位、试用期、工资、其他福利待遇、工作时间、地点、权利义务等事项，并要求王某于2016年6月13日上午9点准时携带最近一家就职公司的《离职证明》原件等资料报到。2016年6月7日王某原用人单位向王某出具《离职证明》，同日晚上，王某收到某公司的电话通知，告知因公司内部组织变动，已不需要王某的职位，通知其不用去某公司报到。2016年6月21日，王某申请劳动仲裁，要求某公司支付违法解除录用合同的赔偿金22000元、失业的赔偿金22000元、工龄损失赔偿78805.72元。仲裁委经审理，认定双方未建立事实劳动关系，故裁决驳回王某的仲裁请求。王某遂至法院起诉。

一审法院认为，某公司向王某发出的《录用通知书》载明了承诺期限为2016年6月13日，属于不得撤销的要约，故某公司违背诚实信用原则，应当承担缔约过失责任。关于损失的认定，应当与某公司缔约过行为存在因果关系，且应当是不得超过合同实际履行时可以预期的数额。而合同得以实际履行的情况下某公司因其自身原因解除劳动合同，其所需承担的是向王某支付违法解除劳动合同赔偿金的法律责任，故参照违法解除劳动合同赔偿金金额，判决某公司赔偿王某

22000元。某公司不服上诉，二审法院经审理认为，原审判决认定某公司的行为构成缔约过失正确。但因在缔约过失中，合同未订立，故无法根据合同内容预判双方履行该合同所获得的利益，即使双方在 offer 中已明确约定新岗位的薪酬，但仍不能排除在合同订立时双方又通过合意改变现有约定的可能性，故以合同的履行利益作为缔约过失责任人的损害赔偿标准不当，并认为缔约过失的损害赔偿，救济的是当事人因信赖合同会顺利签订而实施的准备活动的费用，即将当事人的损失填补回到磋商并未开始、合同从未订立的状态。故认定将王某于原用人单位离职前一年的平均月工资 15464.21 元作为损失计算标准。同时王某自述其在当年 8 月下旬才找到工作，某公司对此不能提出反驳意见，故酌定王某相关损失为 30928.4 元（15464.21 元/月×2 个月）。因王某未上诉，二审法院予以确认，最终维持了一审判决。

【律师分析】

一、发出 offer 且未签劳动合同前或已签订劳动合同但未正式用工前，企业依法与求职者之间均未成立劳动关系，双方法律关系应按照民法规定确定，不应适用劳动法规定

劳动法调整的是劳动关系，只有存在劳动关系，方得以适用劳动法律法规确定各方权利义务关系，如果双方不存在劳动关系，则甚至谈不上劳动者与用人单位，也无法适用劳动法律法规。因此，用人单位是否需要依据劳动法律法规承担违法解除劳动关系支付赔偿金的责任，首先应研究在用人单位发出 offer 后或签订劳动合同但未正式用工前，是否已与求职者成立劳动关系。

对于劳动关系建立的标准，实践中曾有争议。有认为双方达成用工合意即建立劳动关系的；有认为书面劳动合同一经订立劳动关系就建立的；还有认为实际用工才算建立劳动关系的。为更好地保护劳动者合法权益和解决实践中的复杂情况，《中华人民共和国劳动合同法》第七条即予以明确规定，用人单位自用工之日起即与劳动者建立劳动关系，可见建立劳动关系的唯一标准是实际提供劳动。

依据前述法律规定，则劳动合同签订日期、实际提供劳动日期和劳动关系成立日期三个概念有了明确的法律区分界限。即一方面，只要劳动者实际提供劳动，用人单位实际用工，就建立了劳动关系，而不论劳动者是否签订了书面劳动合同，

均将受到同等的保护，在该种实际用工日期在前，签订劳动合同在后的情况，法律还规定了未签订劳动合同二倍工资责任，以督促企业尽早与劳动者订立书面劳动合同；另一方面，若已签订书面劳动合同，但实际用工日期在后的，劳动关系应当自实际提供劳动之日起建立，未实际用工的则不建立劳动关系，此时双方有关录用的约定和已签订的书面劳动合同仅具有普通的合同效力，如果企业违约，企业并非完全没有法律责任，劳动者有权按照民法规定依法追究企业的责任，但不能依据劳动法律法规规定追究用人单位违法解除劳动关系的责任。

另外，由上述分析亦可知，企业发出 offer 后或签订劳动合同但未正式用工前即取消录用，导致与求职者产生纠纷的，相关案件不属于劳动争议纠纷，案由应结合实际情况在民法框架下确定，如缔约过失责任纠纷或合同纠纷。

二、民法框架下，企业应承担的法律责任分析

（一）企业发送 offer 属于要约，劳动者接受 offer 属于承诺，企业反悔不签订劳动合同，构成缔约过失责任

依据《中华人民共和国合同法》（以下简称“《合同法》”）第十四条规定：要约是希望和他人订立合同的意思表示，其内容应具体确定，并表明经受要约人承诺后，要约人即受该意思表示约束。

企业在求职者通过面试后，向求职者发送的 offer（即录用通知书），一般包括要求求职者准时到企业报到的时间、地点、工作岗位、薪酬待遇等信息，并要求求职者在一定期限内答复是否同意入职，以方便企业安排后续入职或重新招聘工作。该内容均表达了企业希望与求职者订立劳动合同的意思表示，内容较为具体确定，且表明求职者一旦承诺入职，企业将与其建立劳动关系的意思。因此 offer 符合法律规定的要约的形式。

依据《合同法》第十六条至十九条的规定，要约在到达受要约人时生效，在到达受要约人之前可撤回，在受要约人发出承诺通知之前可撤销，但要约人确定了承诺期限或者已明示要约不可撤销或受要约人有理由认为要约不可撤销，并已经为履行合同作了准备工作的，则依法不能撤销。

此时一旦 offer 邮件或短信进入求职者邮箱或手机，offer 即依法生效，将使求职者产生将设立劳动关系的信赖利益法律效果，故已无法撤回。此时若企业拟反悔，将只能循撤销途径，但前提是企业未限定求职者必须在一定期限内答复承诺或求职者尚未为履行合同进行准备工作。因为一方面，附承诺限期的要约，如前述案例中，公司要求王某于 2016 年 6 月 13 日上午 9 点签报到即属于限定了承诺期限的要约，若允许任意撤销的，将可能导致放纵要约人及缺乏诚信的行为，在合意确定性较低的情况下不利于双方合同关系的稳定建立；另一方面，若在求职者已为履行合同作了准备工作还予以任意撤销，也将必然侵害求职者的合法权益。

故在前述两种情形下，若企业任意反悔，取消录用通知，导致双方未能订立劳动合同的，依据《合同法》第四十二条规定，是属于在订立合同过程中一方出现有违背诚实信用原则的行为，如果给对方造成损失的，应当承担缔约损害赔偿责任，即法律规定的缔约过失责任。

（二）企业签订劳动合同后，虽未正式用工建立劳动关系，但此时解除合同亦缺乏法律依据，应承担违约责任

如前所述，企业在签订劳动合同后尚未正式用工前，虽无法成立劳动关系，但并不意味着双方的合同关系即归于无效，其仅是无法定性为劳动关系，但仍旧是依法成立生效的合同关系。依据《合同法》第九十三条、第九十四条规定，单方解除合同应符合双方约定或法律规定，故在企业无合法理由拒不履行合同义务、单方解除劳动合同的情况下，依据《合同法》第一百零七条规定，不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的违约方应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。因此求职者依法将有权要求企业继续履行劳动合同或赔偿其因被解除劳动合同遭受的损失。

三、缔约过失责任或违约赔偿责任下损失的计算标准

关于因缔约过失责任或违约赔偿责任，对求职者造成损失的，相关损失的核算方法，实践中判法不一，本文前述案例中的一审、二审法院即有不同的观点，我们通过大数据检索之后，具体有下表几种计算方法：

序号	审理法院	案号	计算标准
1	上海一中院	(2013)沪一中民三(民)终字第492号	按上年度本市职工平均工资标准计算等待期间的工资损失。
2	上海二中院	(2014)沪二中民三(民)终字第1461号	参照试用期工资标准支付未找到工作期间的工资损失。
3	南京中院	(2019)苏01民终552号	以原工资标准按酌定的3个月计算工资损失,并结合交通费、体检费综合确定。
4	深圳中院	(2017)粤03民终17270号	以离职前一年的平均月工资为基数计算实际找到新工作2个月期间的工资。
5	浙江海盐法院	(2017)浙0424民初3455号	以 offer 约定薪酬标准为基数计算实际找到新工作1个月期间的工资。
6	苏州工业园区法院	(2017)苏0591民初5383号	以 offer 约定薪酬标准,按照违法解除劳动关系赔偿金的标准计算。
7	北京丰台法院	(2019)京0106民初2122号	未能举证损失情况下,法院自由酌定。

《中华人民共和国合同法释义》中对合同法第四十二条的释义明确,“负有缔约过失责任的当事人,应当赔偿受损害的当事人。赔偿应当以受损害的当事人的损失为限。这个损失包括直接利益的减少,如谈判中发生的费用,还应当包括受损害的当事人因此失去的与第三人订立合同的机会的损失。”

笔者认为,缔约过失责任是补偿相对人因错误相信尚未成立的合同即将成立,而实施准备行为所产生的财产上的损失,因此要求相关损失应当是已经产生并可以确定,且与缔约过失行为之间具有因果关系。主要可以包括:新企业未能予以录用导致产生的工资损失,社保公积金损失,用人单位要求准备就职产生的如交通费、体检费损失、其他为履行与新用人单位劳动合同所必要的合理费用。有案例中员工还主张应以前一份工作的工龄计算经济补偿金金额予以赔偿,但该损

失并非已经确定产生，且与缔约过失行为之间不具有必然的因果关系，故笔者认为该主张缺乏法律依据。

关于工资损失的确定主要包含工资基数标准及期限标准两个因素。如前述，因相关法律关系并不构成劳动关系，故参照适用劳动法律中违法解除劳动关系的原则确定工资基数或期限的，一定程度上缺乏法律依据。而关于期限标准，在寻找到新工作的期间确定同时比较合理（一般为3个月以内）的情况下，笔者认为按照实际求职期间予以补偿应较为公平，若期限无法确定的，法院则可在自由裁量权范围内结合当地实际情况酌定一个合理的求职期间。至于工资基数标准，因在录用不成的情况下，求职者已确定损失的财产将是其未离职情况下的相应工资及社保公积金，而非其根本尚未履行的新工作的工资标准，故笔者认为，求职者可举证包括上年度年终奖在内的离职前十二个月平均工资的，可参照该标准予以确定。

而劳动合同已经签订，但尚未实际用工前企业即解除劳动合同的，系产生违约责任，在违约情况下，因其损失赔偿与缔约过失损害赔偿情况较为类似，故此不再赘述。

【律师建议】

如前所述，企业在发出 offer 且未签劳动合同前或已签订劳动合同但未正式用工前，即取消录用通知的，将构成缔约过失或违约，需要对求职者造成的损失进行赔偿。就此，我们结合前述相关分析，给予企业以下几点建议：

（一）建议企业尽量在全部招聘工作完成后，再最终向合适人选发出入职通知，避免草率确定人选发出 offer 后，因遇见更好人选反悔而需承担赔偿责任，也避免对被取消录用的求职者造成不必要的麻烦和损失。

（二）建议企业将背景调查及信息核实等工作安排于 offer 发出前，在确认求职者行为诚信、工作能力不存在瑕疵等情况后方向其发出 offer，避免在录用求职者后才发现其于前一份工作中具有令企业不满意的表现，且相关表现可能影响企业做出录用决定，但已无法撤销 offer 的情况。有的企业会认为，若已提前在 offer 中明确求职者如果未能通过令企业满意的背景调查，offer 即失效的，即可

实现免责撤销。但其实不然，因为未能提前尽职调查，明显系属于企业的缔约过失责任，企业完全有能力且应当在出具 offer 前即完成调查；企业在未完成背景调查前发出的 offer 要约，已完全可能使求职者产生信赖而向原用人单位辞职，此时仍允许企业随意撤销录用的，将有违诚实信用原则，故企业仍难以规避相关赔偿责任（参考案例详见（2011）浦民一（民）初字第 33430 号熊某与某贸易（上海）有限公司缔约过失责任纠纷案）。

（三）企业对是否最终录用相应求职者确实有较大不确定性的，可以通过不限定答复期限，为撤销 offer 留下一定空间，但需再次提醒的是，若撤销前求职者已答复将确认入职或已为入职新岗位辞职的，则用人单位将无法撤销，否则需承担相应法律责任。

浅析女性就业歧视

杨敏，广东晟典律师事务所

2019年2月，国家人力资源社会保障部、教育部、司法部、全国妇联等九部门联合发布了《关于进一步规范招聘行为促进妇女就业的通知》（以下简称《通知》）。《通知》规定：依法禁止招聘环节中的就业性别歧视。各类用人单位、人力资源服务机构在拟定招聘计划、发布招聘信息、招用人员过程中，不得限定性别（国家规定的女职工禁忌劳动范围等情况除外）或性别优先，不得以性别为由限制妇女求职就业、拒绝招聘妇女，不得询问妇女婚育情况，不得将妊娠测试作为入职体检项目，不得将限制生育作为招聘条件，不得差别化地提高对妇女的招聘标准。

2019年3月7日，智联招聘发布了《2019中国职场女性现状调查报告》（以下简称《调查报告》）。该《调查报告》从参与调查的上十万人次中筛选出86510份有效调研样本，其中38.3%的调研对象为女性，56.2%的调研对象未婚，51.1%的调研对象为大学本科以上学历。据《调查报告》显示：高级管理中，男性占比高达81.3%，女性占比仅为18.7%；升职概率方面，女性升职高层职位比例低于男性12.8%。

从上述数据可知，女性在就业方面明显不如男性，存在就业性别歧视。

一、国外对就业性别歧视的定义

1958年国际劳工组织通过的《关于就业和职业歧视公约》第一条规定：一、就本公约而言，“歧视”一词包括：（一）基于种族、肤色、性别、宗教、政治见解、民族血统或社会出身等原因，具有取消或损害就业或职业机会均等或待遇平等作用的任何区别、排斥或优惠；（二）有关会员国经与有代表性的雇主组织和工人组织（如存在此种组织）以及其他适当机构协商后可能确定的、具有取消或损害就业或职业机会均等或待遇平等作用的其他此种区别、排斥或优惠。就业性别歧视也是在该公约中首先予以提出。

目前，我国法律对就业性别歧视没有明确的定义，仅在《劳动法》第12条、《女职工劳动保护规定》第3条、《妇女权益保障法》第22至25条对女性的劳动权益、同工同酬以及在晋职、晋级、评定专业技术职务等方面保证男女平等。

二、我国女性在就业过程中遇到的歧视

1、女性就业机会不平等。《劳动法》第十三条规定：妇女享有与男子平等的就业权利。在招聘职工时，除国家规定的不适合妇女的工种或者岗位外，不得以性别为由拒绝招聘妇女或者提高对妇女的招聘标准。但用人单位招聘员工时，有些用人单位在招聘要求上会注明“男性优先”、“限招男性”等字样。有些用人单位虽未在明确限制，但在招聘时，给予适婚适育女性的就业机会并不太多，通常最终以各种理由拒绝录用该类女性。在同等条件下，男性较之女性更容易晋升，且位于高层管理的男性也较之女性更多。

2、职业性别隔离^[5]现象严重。职业性别隔离指在劳动力市场中劳动者因性别不同而被分配、集中到不同的职业类别、担任不同性质的工作。如司机、建筑工、搬运工、电工、厨师等通常被认为是“男性工作”；护士、幼师、家政服务人员、文秘、营业员等则被认为是“女性工作”。

3、男女同工不同酬。《劳动法》第四十六条规定：工资分配应当遵循按劳分配原则，实行“同工同酬”。但在实际中，普遍存在男女同工不同酬的现象。不仅如此，用人单位为招聘更多男性，通常在同一岗位对男性和女性的要求有所不同，通过提高对女性的要求以达到降低招聘女性的目的。

三、外国反女性就业歧视的主要法律制度

（一）英国

1、20世纪70年代之后，英国就就业歧视制度制定了大量的法律。

（1）欧盟法

5 .Edward Gross, "Plus? a Change... The Sexual Structure of Occupations over Time", *Social Problems* 16: 198-208, 1968.

欧盟法对英国反性别就业歧视立法最有影响的当数《罗马条约》第 141 条、《平等薪酬指令 75/117》和《平等待遇指令 76/207》，其主要对同工同酬和平等对待原则进行了阐述和规定。

（2）《同酬法》

1970 年通过的《同酬法》，只限于促进两性劳动条件的平等，男女均是该法的保护对象。根据《同酬法》的规定，在三种情形下，男女必须享有同等待遇^[6]：相似工作：女性与男性从事相同或工作性质大致相同时，即使其中有些许的差异，但因差异并不重要对劳动条件无实质影响者，则该女性劳工视为与男性劳工受雇于同样的工作；第二，工作被评估为相同：若男女劳工所执行的职务被评估为相同时，则男女得要求相同的工资，但适用此情形的前提必须是有工作评估计划的存在。所谓工作评估，是指在某一企业中，就有关劳动者所必须具备的努力、技术需求、策略决断等项目，对一部分或全部的受雇者所执行的职务加以评估的一种调查；第三，工作价值相同：在英国于 1983 年对同酬法予以修正，使受雇者于雇主未制订工作评估计划时，得以主张其工作价值与异性受雇者相同而向雇主请求同等报酬，但请求同值同酬必须经过复杂的程序，如调解、专家评估等^[7]。

《同酬法》也规定，对于男女劳动契约中的差异，雇主可证明非由性别因素所造成，而是根据比较对象劳工间有实质重大差异时，则可以对两性劳工给予不同工作条件。当雇主主张比较的劳工间有实质重大差异时，法院必须考虑两个问题：第一，是否雇主能证明该比较的劳工间有实质重大差异存在；第二，实质重大差异是非性别因素所造成的。

（3）《性别歧视法案》

1975 年通过的《性别歧视法案》，其旨在保障男女两性权利、待遇等各方面的平等，以及禁止对已婚者的歧视。《性别歧视法案》对求职阶段、雇佣过程中以及雇佣关系结束后的歧视行为均作出了详细规定。在求职阶段，面试申请表的内容、面试所提问的问题等都有严格的规定，不能具有歧视性；在雇佣过程中，升职、调任、福利、工资、解雇和职业培训等涉及合同性或者非合同性方面

6. T. Smith, Gareth Thomas, David Mead. Industrial law, Butterworth, 2003, pp. 331-335.

7. Deborah J. Lockton. Employment law (second edition).: Macmillan press Ltd, 1996, p126.

的歧视都是被法律禁止的；在雇佣关系结束后，雇主亦不得采取歧视行为，即雇主的打击报复，如雇主拒绝开推荐信等等。此外，《性别歧视法案》不仅对直接采取性别歧视行为的雇主进行了约束，还对其他非本人直接采取歧视行为的情形也进行了明确规定。

（4）其他补充性规定

2000年通过的《兼职雇员条例》、2000年通过的《雇佣（性别歧视）法案》、2002年通过的《固定期限合同雇员条例》、2003年通过的《就业平等（性取向）规则》、2004年通过的《性别承认法》和2007年通过的《性别平等责任法案》等，对女性就业方面进行补充规定。英国法律对男女性别歧视、同工不同酬、婚姻状况歧视、孕妇歧视、性骚扰以及性取向歧视等就就业歧视作出了规定。禁止歧视的事由不断扩大，包括就业准入、职业培训、晋升、工作条件等内容。

2、英国针对反就业歧视设立了专门的执行机构

（1）1975年《性别歧视法》设立的平等机会委员会；1976年《种族关系法》设立的种族平等委员会；1995年《残疾人歧视法》设立的残疾人权利委员会。这三个专门机构均有权对雇主开展正式的调查，并且可以在法庭审理之前发布具有法律约束力的“不歧视通知”；

（2）2007年10月，反歧视机构平等及人权委员会成立。它继承了平等机会委员会、种族平等委员会、残疾人权利委员会三个机构的所有职责，其职责不仅是消除歧视，更重要的是促进平等权的实现。

（3）1996年《就业法庭法》设立了专门的就业法庭和就业上诉法庭，受害人在行政机构无法获得救济时，可以向就业法庭提起诉讼。

（二）美国

1、美国是最早制定反就业歧视法的国家之一。在反就业歧视方面制定了较为成熟的法律体系。

美国《宪法》第十四修正案的“平等法律保护”条款是反就业歧视的基础。1964年《民权法案》第七章规定：禁止雇佣时基于种族、肤色、宗教信息、性别和国籍的歧视；1963年的《平等工资法案》要求同工同酬；1967年通过的《就业年龄歧视法》规定：禁止拥有二十五名以上雇员的雇主在招聘以及解雇过程中对年龄在四十到六十五岁进行就业年龄歧视；1991年的《民权法》规定，针对非法的故意歧视行为，被歧视人有权获得补偿性和惩罚性赔偿。这部法案是最后一部禁止就业歧视的联邦法案。

2、美国针对反就业歧视设立了专门的执行机构

(1) 《民权法》设立了平等就业机会委员会；1972年的《平等就业机会委员会法》将更加广泛的执行执法权授予了平等就业机会委员会；该准司法机构负责解释和实施各项反就业歧视的联邦法律，消除以种族、肤色、宗教信仰、性别、国籍为基础的在雇佣、晋升、解雇、工资、测试、培训、实习以及所有其他的就业条件上的歧视；受理雇员关于就业歧视的投诉，并可以直接收集证据。

(2) 司法部特别检察官办公室和功绩制保护委员会

这两个机构负责《文官制度改革法案》的执行，禁止采取人事措施所实施的就业歧视和报复，以促进联邦人事措施的全面公正。

四、消除就业性别歧视的对策

1、制定专门的反就业歧视法

我国现有法律虽涉及反就业歧视内容，但没有一部专门针对女性就业歧视的法律。现有法律对就业歧视的定义未进行明确就业权益。我国可借鉴英美国家有关反就业歧视的相关法律，结合我国实际情况，制定反就业歧视法，从法律上明确界定就业歧视的定义、构成要件、处罚及免责条件，为法官提供可供明确的判断标准。同时，在举证方面，可借鉴英美国家的做法，原告只需提供初步证据证明被告对其存在歧视行为，被告需提供证据佐证其拒绝原告的理由是合法、非歧视性的。通过“举证责任倒置”原则，若被告无法佐证其拒绝是非歧视性的，则需依赔偿标准向原告进行赔偿。

2、降低公司录用女性的成本

《社会保险法》规定，用人单位应当参加生育保险，由用人单位按照国家规定缴纳生育保险费，职工不缴纳生育保险费。国家为保护女性生育权利，要求用人单位缴纳生育保险费。此外，如果女员工出现集中休产假的情况，用人单位正常工作则无法开展。如此既增加了用人单位成本，也影响了用人单位正常经营，无形中阻碍了用人单位录用女员工的积极性。针对女员工较多的用人单位，国家若通过税收优惠等政策，对用人单位因此支出的部分给予相应补贴，则可以减轻用人单位招聘女员工的成本，同时也可消除用人单位对女性就业的歧视。

3、完善反就业性别歧视约谈机制

人社部门、妇联和工会应完善反就业性别歧视约谈机制，主动监管就业性别歧视现象，及时受理就业性别歧视的相关举报、投诉，对侵害女性劳动保护权益的用人单位进行约谈和调查，采取谈话、对话、函询等方式，开展调查和调解，督促限期纠正。被约谈单位拒不接受约谈或约谈后拒不改正的，依法进行查处，并通过媒体向社会曝光。

受传统文化、经济以及法律制度等诸多因素的影响，女性就业受到歧视，严重损害女性合法的就业权益。为真正做到男女平等、同工同酬，国家应制定专门的反就业歧视法，完善相关机制，加大执法力度，消除女性就业歧视，构建和谐社会。

提供虚假信息，劳动合同是否必然无效？

张金寿、王茜，广东卓建律师事务所

《中华人民共和国劳动合同法》第二十六条第一款规定，采取欺诈、胁迫等手段订立的劳动合同无效。在实践中，经常发生因劳动者提供虚假信息入职而被认定构成欺诈进而导致劳动合同无效的情形，劳动合同无效也就代表劳动合同的核心内容都被认定为没有法律效力。那么，员工提供虚假信息，是否必然导致劳动合同无效呢？笔者结合两个案例，对此问题展开分析探讨。

【案例一：案情简介】

2016年10月5日，胡某（化名）入职深圳某公司（以下简称“公司”），双方签订协议约定：胡某任销售总监一职，年薪20万元，期限三年。胡某入职时，在入职申请表中填写其教育背景为“2006年至2008年期间，就读某某教育学院”。后因公司拖欠胡某工资及年终奖，故胡某遂向公司发出解除劳动关系通知，并提起劳动仲裁，主张拖欠的工资及解除劳动关系的经济补偿金、2017年的年终奖、律师费。

公司方确认拖欠工资的事实，但辩称原因在于胡某能力欠缺，造成公司亏损，且胡某填写的教育背景虚假，公司招聘要求职位为大专，其仅中专毕业，存在欺诈行为，致使公司违背真实意思与之签订劳动合同，双方劳动关系无效，因而暂未支付胡某的工资。

【法院裁判】

本案经仲裁、一审、二审审理，最终法院认定，因公司招聘胡某时明确要求应具有大专或以上学历，经法院核实，胡某不具有大专或以上学历，胡某提供的证据不能证明其具有大专及以上学历，此情况与其入职时填报的个人简历严重不符，故胡某虚构学历入职公司的行为构成欺诈，双方因此订立的劳动合同无效，但根据《劳动合同法》第二十八条的规定，公司方需比照同岗位标准支付胡某的劳动报酬，其他诉求缺乏法律依据，不予支持。

【案例二：案情简介】

2013年3月，深圳某公司因开发需求，与尚在另一公司中任职的夏某签订聘用合同，年薪25万，签约三年。后夏某于4月入职，在入职信息表中填写“2008年至2010年在某科技公司任职”。2014年5月，因公司拖欠工资，夏某向公司发出解除劳动关系通知，并提起劳动仲裁，主张拖欠工资、解除劳动关系经济补偿金、律师费。

公司辩称，公司从夏某的社保记录中发现，夏某2008年至2010年并未在某科技公司任职，经向该公司核实也并未有夏某任职经历，故夏某存在欺诈行为，致使公司违背真实意思与之签订劳动合同，双方劳动关系无效。

【法院裁判】

本案经仲裁、一审、二审审理，法院认定：双方签订的劳动合同合法有效，因夏某尚未从原任职公司离职时，公司即决定招用夏某，双方聘用合同签订时间早于夏某填写《入职登记表》的时间。由此可以看出，公司对夏某在原任职公司的工作经历和工作状态是清楚知晓的，公司均非单纯依据夏某所填写的工作经历而作出是否招用夏某的决定，夏某的工作经历是否真实与公司是否录用其并不具有因果关系。在此情况下，无论夏某在《入职登记表》中填写的工作经历是否真实，均不存在公司因欺诈行为陷入错误、违背真实意思表示而签订劳动合同的情况。

【律师观点】

同样是提供虚假信息，上述两案的认定结果截然不同。究其原因，系法院对《劳动合同法》第二十六条第一款规定的“欺诈”情形的认定标准，并非是只要劳动者提供了虚假信息就认定为欺诈，而是综合考量用人单位是否因劳动者的欺诈行为导致其违背真实意愿、陷入错误认识进而与劳动者建立劳动关系。

那么如何辨别劳动者是否属于欺诈呢？作为用人单位，如认为劳动者构成欺诈，一般可以从以下几个方面进行举证：

1. 招聘信息或录用条件中已明示职位要求，例如教育背景、工作经验、技能、身体健康状况等，当然如果是一些特殊岗位，例如电工，即便用人单位没

有要求劳动者提供电工从业证书，劳动者实际没有取得相应证书或提供了虚假的证书的，也属于欺诈。

2.劳动者提供了与建立劳动关系密切相关的虚假信息。比如，劳动者在入职登记表等文件中虚假陈述其教育背景、工作履历、健康状况等等。

3、劳动者提供的信息对用人单位是否录用产生了决定性的影响。也就是说因为劳动者的陈述及其提供的材料使得用人单位相信其工作能力足以胜任职位要求进而录用。但一些与劳动关系建立没有直接关系的情形则不在此列，比如是否具有当地户口、女职工是否婚育等。

对于劳动者而言，则应当如实陈述自身情况并提交真实的凭证及材料，包括学历、资质、工作经历等，避免因被认定为欺诈进而导致劳动合同无效，否则，其原本可享有的权益将不受法律保护。

员工被派往国外工作，被辞退后，应当由谁承担赔偿责任？

周文斌，广东鹏浩律师事务所

【案情】

员工李 XX 于 2007 年 3 月 21 日入职深圳市 XX 时装有限公司（以下简称甲公司）工作，任职厂长，2014 年 4 月 21 日与甲公司签订了无固定期限的劳动合同。2015 年 2 月 12 日，甲公司法定代表人王 XX 以香港注册的 XX 贸易有限公司（以下简称乙公司）名义与李 XX 签订了一份《协议书》，约定乙公司派遣李 XX 去乙公司股东在缅甸开办的缅甸 XX 时装有限公司（与甲公司同名，以下简称丙公司）工作，工资待遇按照李 XX 在乙公司工作期间的月工资待遇人民币 12000 元，工作时间 2 年，甲公司法定代表人在乙公司盖章处盖有私章，乙公司无盖章，亦无人签名，李 XX 签了名。《协议书》签订后，李 XX 迅即被安排去了缅甸丙公司工作，担任厂长职务，甲公司董事李 X 辉成为丙公司董事长，也是丙公司投资人。李 XX 社保仍然系甲公司在深圳为其缴纳，工资从甲公司管理人员肖 XX 及其他管理人员个人账户支付。

2018 年 10 月 3 日，李 X 辉向李 XX 发出一份通知，内容为“致李 XX 先生，根据双方所订立之雇佣合约，在合约内，如果任何一方欲终止合约，可以一个月的工资作为代通知金给另一方，现给予阁下一个月工资，作为代通知金，阁下最后工作日为 2018 年 10 月 3 日，您在公司的的工作将立即终止。如果我们能在您过渡期间为您提供帮助，请告诉我们。”落款为李 X 辉的签名。

2018 年 10 月 8 日，李 XX 在与李 X 辉的微信聊天记录中说“李生，早上好！10 月 3 日突然得到你终止合约通知，当时谈到我从 2007 年 3 月份进入甲公司工作，在这 10 多年里，我一直尽心尽责，一心向着公司。至于赔偿的事情，我的要求，你说回国与深圳王经理商量，现在商量的结果怎样？”李 X 辉回复“星期三和王经理面谈。”李 XX 说“好的，等你们结果。”后因无结果，李 XX 提起劳动仲裁，要求甲公司支付违法解除劳动关系赔偿金 60 余万元。仲裁驳回李 XX 诉求，李 XX 即提起诉讼。

【一审结果】

法院认为：关于原被告之间劳动关系解除时间的问题。首先，被告与缅甸丙公司名称相同，缅甸丙公司的投资人亦为被告的董事，且将原告派往缅甸丙公司工作的《协议书》系由被告法定代表人王 XX 代表乙公司与原告签订，因此，本院认为被告与缅甸丙公司系关联公司的事实具有高度盖然性；其次，被告主张其与原告于 2015 年 2 月即解除了劳动关系，但并未提交双方当时已解除劳动关系的相关证据，且原告在缅甸工作期间的社保继续由被告缴纳，工资亦由被告员工肖 X 的个人账户发放，被告关于代缴社保和代发工资的抗辩意见无证据证明且不合情理。结合被告与缅甸丙公司系关联公司的事实，本院认为原被告 2015 年 2 月并未解除劳动关系。原告前往缅甸丙公司工作实际受被告的派遣。最后，2018 年 10 月 3 日的终止工作通知虽无李 X 辉的中文签名，但原告与李 X 辉的微信聊天记录能够佐证该通知的真实性，该通知书可视为李 X 辉或者缅甸丙公司代表被告与原告解除了劳动关系。因此，本院确认原被告的劳动关系于 2018 年 10 月 3 日解除。故判决甲公司支付违法解除劳动合同赔偿金 588000 元。甲公司不服一审判决，提起上诉，二审尚待判决结果。

【评析】

本案争议焦点，一是 2015 年 2 月签订《协议书》后，李 XX 被派往缅甸工作，在此情况下，李 XX 究竟与甲公司存在劳动关系还是与乙公司存在雇佣关系？二是李 XX 与甲公司的解除劳动合同时间究竟是 2015 年 2 月还是 2018 年 10 月 3 日？三、2018 年 10 月 3 日，在李 X 辉解除与李 XX 的合约后，李 XX 应否得到违法解除劳动关系的赔偿金？如能够得到，是甲公司赔偿还是乙公司支付？

第一种观点认为：李 XX 在 2015 年 2 月并未与甲公司解除劳动关系，2018 年 10 月 3 日李 XX 被解除劳动关系，甲公司应当支付违法解除劳动合同赔偿金。

第二种观点认为：2015 年 2 月，李 XX 与乙公司签订了《协议书》，其与甲公司劳动关系已经解除，而与乙公司成立了雇佣关系；2018 年 10 月 3 日李 XX 被解除雇佣关系，甲公司不应当支付违法解除劳动合同赔偿金。

笔者同意第一种观点。

一、李 XX 在缅甸丙公司工作期间，实际上与甲公司存在劳动关系，其与甲公司劳动关系在 2015 年 2 月并未解除。

1、李 XX 于 2014 年 4 月 21 日与甲公司签订了无固定期限的劳动合同，诉讼过程中，甲公司并未提交 2015 年 2 月双方已经解除劳动关系的直接证据，说明其与李 XX 的劳动关系依然存在。

2、2015 年 2 月 12 日签订的《协议书》中，虽然乙公司作为甲方，但乙公司并未盖章，也没有人签名；实际上是甲公司法定代表人王 XX 加盖的私章！且从证据来看，没有证据证明乙公司委托王 XX 代乙公司签订协议，故王 XX 的代理行为不能成立。同时从王 XX 系甲公司法定代表人的身份来看，更符合王 XX 代表甲公司与李 XX 签订协议而将李 XX 派往缅甸工作的实际情况。

3、如果甲公司与李 XX 于 2015 年 2 月解除劳动关系成立的话，那么，作为法定代表人，王 XX 更应当关心甲公司与李 XX 先签订解除劳动合同关系协议，以避免日后发生不必要的劳资纠纷，而不是仅仅代表乙公司与李 XX 签订《协议书》。因为该《协议书》签订并不能证明甲公司与李 XX 同时解除了劳动关系。

4、甲公司在李 XX 被派往缅甸工作后，李 XX 的社保一直由甲公司缴纳，且李 XX 的工资一直通过甲公司的管理人员肖 X 及其他管理人员的个人账户发放，不难看出这一切应当是甲公司操控的结果！

5、甲公司董事李 X 辉是缅甸丙公司的投资人以及董事长，且在李 XX 与李 X 辉微信聊天记录中，可看出李 X 辉称星期三与王经理面谈，而王经理就是甲公司法定代表人，如果李 XX 与甲公司没有劳动关系，怎么可能会与甲公司法定代表人面谈呢？

6、乙公司系香港公司，没有证据证明其在深圳或者大陆其他地方设立了办事机构，也没有证据证明其工作人员与李 XX 有过沟通或者见过面，且乙公司在大陆没有用人资格；那么，在这样的情况下，李 XX 应是相信甲公司法定代表人，才签订了这样的《协议书》。否则不合常理。

故李 XX 与甲公司存在劳动关系。

二、甲公司属于违法解除劳动合同关系，应当向李 XX 支付违法解除劳动合同关系经济补偿金。

1、李 X 辉系甲公司的董事，又是缅甸丙公司的董事长，其于 2018 年 10 月 3 日解除与李 XX 的劳动关系，应当视为其替甲公司解除了与李 XX 的劳动关系。由于其解除劳动关系不符合劳动合同法的规定，故应当视为甲公司违法解除。

2、根据劳动合同法的规定，由于甲公司违法解除与李 XX 的劳动关系，故应当支付违法解除劳动合同赔偿金。

非全日制用工的利弊分析与操作建议

冼武杰，广东华途律师事务所

一、为什么非全日制用工话题这么热？

2018年7月以来，非全日制用工的讨论一下子就火起来了。

为什么会火呢？

因为社保入税的日子越来越接近（从2019年1月1日起），税务部门有能力要求企业要按员工的实际工资缴纳社保费。

非全日制用工模式是企业可以合法不缴纳社保费的一种用工模式。

法条链接：

原劳动部《非全日制用工若干问题的意见》

（十）从事非全日制工作的劳动者应当参加基本养老保险，原则上参照个体工商户的参保办法执行。

（十一）从事非全日制工作的劳动者可以以个人身份参加基本医疗保险

（十二）用人单位应当按照国家有关规定为建立劳动关系的非全日制劳动者缴纳工伤保险费。

法条解读：

法律只是规定了企业要给非全日制用工缴纳工伤保险费，养老、医疗、失业等其他险种并没有强制性要求企业必须缴纳（非全日制用工的劳动者可以以个人身份参加养老保险、基本医疗保险），即企业可以合法地不缴纳除工伤保险费之外的社保费。

我们都知道，企业的社保成本中，负担最大的，实际上是养老保险和医疗保险，一旦这2种险种可以合法地不缴纳，那企业的社保成本无疑将大大降低。

风险提示：

深圳地区，企业是根本实现不了单独为非全日用工的劳动者缴纳工伤保险费的（因为社保系统做不到这一点，企业想缴，缴不进去）。所以，一旦非全日制用工的员工发生工伤的，买单的实际上还是企业，而不是社保基金。

建议：

为了降低企业非全日制用工的工伤法律风险，企业可以考虑为非全日制用工的员工购买雇主责任险（不是人身意外险），这样，非全日制用工的员工发生工伤的，可以由商业保险来分担风险。

二、非全日制用工的定义。

既然非全日制用工的话题这么火，那什么是非全日制用工呢？

法条链接：

《劳动合同法》

第六十八条 非全日制用工，是指以小时计酬为主，劳动者在同一用人单位一般平均每日工作时间不超过四小时，每周工作时间累计不超过二十四小时的用工形式。

解读关键词：

1、计酬方式：小时计酬。所以说，非全日制用工，很多时候，我们也管它叫小时工。

2、工作时间：平均每天不超过4小时，每周不超过24小时。

三、非全日制用工与全日制用工的利弊对比。

（一）非全日制用工的好处

1、非全日制用工可以不签订书面劳动合同。

法条链接：

《劳动合同法》

第六十九条 非全日制用工双方当事人可以订立口头协议。

第十条 建立劳动关系，应当订立书面劳动合同。

第八十二条 用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，应当向劳动者每月支付二倍的工资。

法条解读：

全日制用工如果不订立书面劳动合同，企业是需要给二倍工资的。

但非全日制用工就可以只订立口头协议，而不用订立书面的劳动合同，这种情况下，企业也不存在着二倍工资的风险。

2、企业可以随时终止非全日制用工，且无需支付经济补偿。

法条链接：

《劳动合同法》

第七十一条 非全日制用工双方当事人任何一方都可以随时通知对方终止用工。终止用工，用人单位不向劳动者支付经济补偿。

法条解读：

全日制用工，很多情况下，企业解除或终止劳动合同，企业是需要支付经济补偿的。员工依据企业的法定过错提出被迫解除劳动合同，企业也是一样需要支付经济补偿的。

但是，在非全日制用工模式下，企业只要不想继续使用这个非全日制员工，企业就有权随时通知员工终止用工，而且还不用支付任何经济补偿。另外，即使企业存在着法定过错（比如企业未及时足额支付非全日制员工的劳动报酬），非全日制的员工提出被迫解除劳动合同，按照劳动合同法第七十一条的规定，企业一样不用支付经济补偿。

哇，使用非全日制用工，企业用工潜藏的经济成本，大大减少了。

（二）非全日制用工的坏处

1、非全日制用工不得约定试用期。

法条链接：

《劳动合同法》

第七十条 非全日制用工双方当事人不得约定试用期。

法条解读：

全日制用工，企业是可以跟员工约定试用期的，而且试用期的工资标准只要不低于转正后工资的80%或相同岗位最低档工资的80%都可以，这样子，企业可以享受试用期工资较低的优势。但是，非全日制用工就不得约定试用期了，企业无疑就享受不到试用期工资较低的优势了。

2、非全日制用工的工资支付周期最长不得超过15日。

法条链接：

《劳动合同法》

第七十二条 非全日制用工劳动报酬结算支付周期最长不得超过十五日。

法条解读：

全日制用工至少每月要支付一次工资，但是非全日制用工的工资支付周期，最长不得超过 15 天，这样子，使用非全日制用工的，财务支付压力，要比全日制用工的大一些（因为支付时间短）。

3、非全日制用工不具有唯一性。

法条链接：

《劳动合同法》

第六十九条 从事非全日制用工的劳动者可以与一个或者一个以上用人单位订立劳动合同；但是，后订立的劳动合同不得影响先订立的劳动合同的履行。

法条解读：

非全日制用工不具有唯一性，因此企业不能以劳动关系的唯一性来要求非全日制用工只能跟本企业来建立劳动关系。

但是，全日制用工，企业可以在规章制度中明确拒绝双重劳动关系。

四、非全日制用工的注意事项。

1、非全日制用工需要签订非全日制用工的劳动合同。

虽然法律规定，非全日制用工可以可以不签书面的劳动合同，但是，我们从防范法律风险的角度出发，企业如果使用非全日制用工的，最好还是签订书面的合同。

因为书面劳动合同可以作为非全日制用工的有效凭证，而且，可以就具体的一些事项（比如：工资标准、工作职责等）做出明确的约定，可以避免发生争议时口说无凭。

另外，如果没有签订书面合同，万一，企业在使用非全日制员工过程中，一些细节把握不到位（比如：工作时间经常性地超过每天 4 小时，每周 24 小

时），一旦被认定为全日制用工了，企业存在着需要支付二倍工资的法律风险。

2、非全日制的工作时间一定要注意。

务必平均每天不要超过 4 小时，每周不要超过 24 小时。

个别时候，偶尔超过，问题不太大，一般不认定为全日制用工。

但经常性超过的，可能就会被认定为全日制用工了。

五、企业怎么使用非全日制用工？

本部分内容属于脑洞大开。

案例：

某大厦 8 楼，有 2 家公司，工作时间均是朝九晚六，一天工作 8 小时，一周工作 5 天，每周工作 40 小时。

2 家公司各自招用了一名前台（A 公司招用孙二娘、B 公司招用扈三娘），月工资均 5000 元。

2 家公司均要按 5000 元给前台缴纳社保，合同到期不愿意续签终止用工的，公司还要支付经济补偿，2 家公司的老板都觉得用工成本太大了。

某天，2 家公司的老板下班后相约去酒吧喝了个小酒。然后，2 个老板协定如下：

第一周：孙二娘上午在 A 公司做前台，下午在 B 公司做前台；扈三娘上午在 B 公司做前台，下午在 A 公司做前台。

第二周：孙二娘上午在 B 公司做前台，下午在 A 公司做前台；扈三娘上午在 A 公司做前台，下午在 B 公司做前台。

工作时间就这么双周循环着。

每半个月，两家公司分别给孙二娘、扈三娘支付 1250 元。

这样子，孙二娘和扈三娘都可以转化为非全日制用工了，两家公司就可以合法地不给孙二娘、扈三娘缴纳社会保险了，也可以随时终止用工而不用支付经济补偿了。

浅析律师事务所不同用工关系的认定

周旻，广东联建律师事务所

实践中，律师与律所之间是否构成劳动关系一直是备受争议的问题。立法层面上，《律师法》未对律师和律师事务所的关系性质予以明确规定；实务操作中，律师职务类型多、律师与律所之间的协议约定多样，这些因素都导致了律所用工关系认定这一问题的复杂性。

近期，深圳市一起“律所与律师之间不存在劳动关系”的判决引发热议。主要案情为，某律师与某律所签订《律师聘用合同书》，约定个人执业期间的各类费用由律师本人承担，业务收入内部独立核算，在扣除应当承担的税费后归律师本人所有、可自由提取。

某律师受聘前后，社保缴费基数始终为深圳市当年的最低工资标准。某律师受聘期间发生工伤，遂诉求律所承担未足额缴交工伤保险费导致的损失。

一审判决认定，某律所需支付某律师一次性伤残补助金差额 169455 元、一次性伤残医疗补助金差额 71808 元、一次性就业补助金 336000 元、律师费 2500 元。2019 年 3 月 8 日，深圳市中级人民法院做出二审判决，某律师与某律所之间不存在劳动关系，某律所也不存在违法用工的情形，其不符合承担工伤保险责任主体的条件，因此其无需对某律师的工伤承担责任。

法院判决，首先，专职律师与律师事务所之间不存在劳动关系。专职律师与律所签订《律师聘用合同书》，专职律师根据自己的业务需要开展工作，其收入来源为自己的业务收入，并非律所根据其劳动量来确定、发放，自己缴纳社保费用以及承担办公的日常费用包括办公场地的租金，其工作时间、内容完全由自己支配安排，并不受律所的劳动管理，因此，专职律师与律所之间不存在劳动关系。

其次，律所与专职律师签订《律师聘用合同书》符合法律规定。《中华人民共和国律师法》第六条要求申请律师执业必须提交“律师事务所出具的同意接受申请人的证明”，第十条规定：律师只能在一个律师事务所执业。第二十五条规定：律师承办业务，由律师事务所统一接受委托，与委托人签订书面委托合同，

按照国家规定统一收取费用并如实入账。由上述规定可以看出，律师执业必须以律师事务所名义统一接受委托、统一收取律师服务费及异地办案差旅费。

第三，在没有劳动关系的特殊情形下，亦可确定承担工伤保险责任的责任主体，但本案并不能归于特殊情形范畴。《最高人民法院关于审理工伤保险行政案件若干问题的规定》第三条确定了几种特殊情形下承担工伤保险责任的责任主体，即：（一）职工与两个或两个以上单位建立劳动关系，工伤事故发生时，职工为之工作的单位为承担工伤保险责任的单位；（二）劳务派遣单位派遣的职工在用工单位工作期间因工伤亡的，派遣单位为承担工伤保险责任的单位；（三）单位指派到其他单位工作的职工伤亡的，指派单位为承担工伤保险责任的单位；（四）用工单位违反法律、法规规定将承包业务转给不具备用工主体资格的组织或自然人，该组织或自然人聘用的职工从事承包业务时，因工伤亡的，用工单位为承担工伤保险责任的单位；（五）个人挂靠其他单位对外经营，其聘用的人员因工伤亡的，被挂靠单位为承担工伤保险责任的单位。

第四，本案中，专职律师自行确定社保缴费基数，相关待遇损失律所无需承担。律所与专职律师签订的《律师聘用合同书》中，明确约定专职律师的社保费用由其自行承担，缴费基数的标准是专职律师自己的选择，并非律所故意降低其缴费标准，因此不能认定存在《广东省工伤保险条例》第五十八条规定的情形，律所无需承担专职律师未足额缴纳工伤保险费造成其工伤保险待遇降低的损失。

基于上述裁判要旨，对“律师事务所与所内人员（包含合伙人律师、执业律师、实习律师、律师助理及行政后勤人员等）之间的用工关系如何认定”这一问题，笔者有如下观点：

第一，权益合伙人律师与律所之间不成立劳动关系。

合伙人律师基于其特殊身份及对律所的管理与控制权，对律所相关事项的決定权、执行权，不能成为律所的劳动者。权益合伙人律师既是执业律师，又是管理者，既要遵守律所的各项规定与要求，也是规定与要求的制定者。在律所中，权益合伙人对律所决策、管理机构设置与职责，合伙人会议的职责、议事规则等内容拥有制定权、参与权、表决权，不同于劳动关系中被管理的劳动者。

权益合伙人与律所为内部关系，不同于受聘用的劳动者的外部关系。权益合伙人不仅能取得约定的报酬，还可以获得分红，而分红的方法与比例、数额的决定权，完全在于权益合伙人律师自身的共同决议，这与劳动者受制于用人单位的决定权有本质区别。因此，权益合伙人律师与律所之间不能成立劳动关系，律师依据劳动法主张相关权益与福利待遇的，法院不应支持。

第二，实习律师、律师助理和律所行政后勤人员与律所之间成立劳动关系。

参照《律师事务所管理办法》第五十一条规定：“合伙律师事务所和国家出资设立的律师事务所应当按照规定为聘用的律师和辅助人员办理失业、养老、医疗等社会保险。个人律师事务所聘用律师和辅助人员的，应当按前款规定为其办理社会保险。”

此类人员与律所之间签订《劳动合同》，根据律所要求进行工作活动，所得收益归律所所有，领取固定工资或底薪，受律所管理，与律所之间成立劳动关系。虽合伙人律师聘请的实习律师及律师助理人员薪酬由聘请律师支付，工作安排服从聘请律师的要求，但因为个人不具有劳动法上的用人主体资格，且工作对外以律所的名义进行，因此，实习律师、律师助理、律所行政后勤人员与律所之间当然成立劳动关系。

第三，执业律师（非权益合伙人）与律所之间的关系认定需看关系本质，是否在工作安排、工作时间及业务收入方面存在管理与被管理的关系。

目前律师执业类型繁多，单纯以统一标准认定是否构成劳动关系有失偏颇。如派驻到其他单位的律师，如果是因自身项目需要，为自身业务收入服务，则应属于本文探讨的第一类情况，与律所之间不成立劳动关系。但如果是被聘请律师（团队）要求派驻到其他单位，利益收入均为聘请律师（团队）服务，则应归属为第二类情况，与律所之间成立劳动关系。此种情形下，律所与聘请律师（团队）之间可另外签订协议，对外由律所承担用工责任，对内聘请律师（团队）与律所之间按照内部协议承担用工责任。

此种情形下，执业律师与律所之间的关系认定较为复杂。但可从以下几方面进行分析认定：工作安排是否根据律所指派执行；工作时间属于自身自由支配还

是受律所管理规定限制；劳动所得收入是否直接归自身所有还是领取固定薪酬或收入提成。

劳动关系强调劳动者对用人单位的人格从属性，劳动关系的本质为，劳动者是否接受用人单位的管理与支配。因此，此种情形下应从劳动关系的本质判断，执业律师与律所之间是否构成劳动关系。

随着律师行业的逐渐发展，律师事务所内用工关系日益复杂，所内人员与律所的用工关系应根据劳动关系的本质判断。合伙人律师因身份的管理控制权与律所之间不成立劳动关系，实习律师、律师助理和律所行政后勤人员因其人身依附性与律所之间成立劳动关系，而种类繁多的执业律师与律所的关系则需在实践情形中具体判断。

在中国就业的外国人 6 大劳动法律关系分析

段海宇，广东瀛尊律师事务所

所谓在中国境内就业的外国人，根据《在中国境内就业的外国人参加社会保险暂行办法》，是指依法获得《外国人就业证》、《外国专家证》、《外国常驻记者证》等就业证件和外国人居留证件，以及持有《外国人永久居留证》，在中国境内合法就业的非中国国籍的人员。

一、外国人在中国就业形式

目前，外国人在中国就业主要有如下两种形式：

（一）直接聘用

即在华投资企业与外国人签订劳动合同，该外国人持 Z 字签证到中国工作。

（二）派遣方式

即外国人由外国投资者派遣到在华投资企业或代表机构工作，又分为两种情形：

1、外国人在中国境外与其原用人单位（外国投资者）签订了劳动合同，后又被派遣到在华投资企业工作，并与该在华投资企业签订了劳动合同，即所谓的“双重合同”关系；

2、外国人在中国境外与其用人单位（外国投资者）签订了劳动合同，后又被派遣到在华投资企业或代表机构工作，但未与该在华投资企业或代表机构签订劳动合同。

二、劳动关系认定

由于我国《劳动法》《劳动合同法》等相关劳动法律法规只适用于在中华人民共和国境内的企业、个体经济组织和与之形成劳动关系的劳动者，因此上述两种就业形式的劳动关系有不同的认定：

（一）直接聘用形式下的外国人。如果已经办理就业证等相关证件，因为受中国《劳动合同法》等的约束，在华投资企业与外国人之间构成劳动关系，要承担劳动法上用人单位的相应义务和风险，例如要订立书面劳动合同，解除劳动合同受到《劳动合同法》的严格规制等等。如果没有办理就业证等相关证件，则不具备在中国就业的合法资格，其与在华投资企业之间按照劳务关系处理。

（二）派遣方式下的外国人。

第一、双重劳动合同形式的。这又分为两种情形，如果虽然有订立双重劳动合同，但实际上仅为某些特定的用途(如办理就业证)而签订书面劳动合同的，不会就此认定境内企业与该外国人存在实质的劳动关系。如果该外国人确实接受在华投资企业的用工管理，则会认定存在劳动关系。

第二、仅与外国投资人签订劳动合同的。

在这种情形下，外国人与外国投资者之间成立的劳动关系，不受中国劳动法的管辖。

但是，需要注意的是，根据《劳动部关于贯彻实施〈外国人在中国就业管理规定〉有关问题的通知》，在中国工作的外国人，劳动合同系与境外法人签订，劳动报酬来源于境外，在中国境内工作3个月以上的，视为在中国就业，因此，这种情形下的外国人，双方之间也存在劳动关系。

三、支付劳动报酬

根据《劳动法》，劳动报酬应当有劳动者劳动关系所在单位支付，因此，在中国就业的外国人其劳动报酬应当按照如下方式支付：

（一）派遣形式下的外国人

应当由境外的外国投资人支付劳动报酬。实践中，派遣形式下很多外资企业会向外国人垫付报酬，之后外国投资人再向外资企业拨付。对此，外资企业需要注意的是，由于劳动报酬由其支付，为了避免因此认定与外国人存在事实劳动关

系的风险，应当双方书面确认外资企业向其发放报酬仅仅是为外国投资人垫付劳动报酬，不代表存在劳动关系。

（二）直接雇佣下的外国人

由外资企业支付劳动报酬。

不管何种形式的支付，在满足法律规定的情形时，外国人均应依法在中国缴纳个人所得税。

四、办理就业证

（一）直接聘用下，外资企业聘用外国人须为该外国人申请取得就业许可证后方可聘用。

（二）派遣形式下，如果是上述存在劳动关系的情形，则也须为该外国人申请取得就业许可证后方可聘用。如果不存在劳动关系，则无需办理就业许可证。这里需要注意的是，根据《劳动部关于贯彻实施〈外国人在中国就业管理规定〉有关问题的通知》，在中国工作的外国人，劳动合同系与境外法人签订，劳动报酬来源于境外，在中国境内工作三个月以上的，视为在中国就业，应办理就业许可手续，并办理职业签证、就业证和居留证。

五、缴纳社会保险

根据《在中国境内就业的外国人参加社会保险暂行办法》第三条的规定，无论是直接雇佣还是派遣形式，都需要在中国参加五险。

六、劳动规章制度适用

（一）直接雇佣下，外资企业的内部规章制度适用于全体员工，自然包括外国人

（二）派遣方式下，在双重劳动合同形式下且存在真实的劳动关系，则该外国人应当接受外资企业劳动规章制度的约束。如果该外国人与外资企业不存在劳动关系，例如直接向境外的外国投资人汇报工作，原则上不受外资企业管理，也

不受外资企业规章制度的约束。但是实际上该外国人在外资企业工作时，外国投资人无法直接对其进行管理，一般都会在与境内的外资企业签订的派遣协议中约定，有境内的外资企业进行管理，这时，外国人就必须遵守外资企业的劳动规章制度。

劳动者主张劳动权益，能否追究一人有限公司股东的连带责任？

何志杰，广东联建律师事务所合伙人律师

【基本案情】

秦某系深圳市某科技公司（下称科技公司）的员工，因工资支付、合同解除等事宜与科技公司发生争议。秦某诉至法院，要求科技公司支付 2014 年 1 月 1 日至 9 月 19 日期间的工资 86333 元、解除劳动合同的经济补偿金 20000 元。同时，秦某也将科技公司的股东吴某列为被告，要求吴某对科技公司的债务承担连带责任。

【裁判结果】

深圳市中级人民法院认为，本案争议的焦点在于科技公司的一人股东吴某是否应当对科技公司的债务承担连带责任。

《中华人民共和国公司法》第 63 条规定，一人有限责任公司的股东不能证明公司财产独立于股东自己的财产的，科技应当对公司债务承担连带责任。本案中，科技公司是一人有限责任公司，吴某系科技公司的唯一股东，秦某上诉请求判令吴某对科技公司的债务承担连带责任，故吴某应对科技公司的财产独立于其个人财产承担举证责任。但吴某在本案并没有举证予以证实，因此，判决吴某应当对科技公司的债务承担连带责任。

【案例评析】

有限责任公司以其全部财产对公司的债务承担责任，股东以其认缴的出资额为限对公司承担责任，这是公司法中最基本的公司法人独立原则与股东有限责任原则。如果股东滥用公司法人独立地位与股东有限责任，逃避债务，损害债权人的利益，债权人可追究股东的连带责任，但债权人应对股东滥用公司法人独立地位与股东有限责任的行为承担举证责任。

但是，针对一人有限责任公司，《公司法》第 63 条采取了法人格滥用推定的立法态度，即举证责任倒置原则。如果股东不能证明公司财产独立于股东自己

的财产，则应当对公司债务承担连带责任，而无需债权人对股东滥用公司法人独立地位与股东有限责任的行为承担举证责任。

在本案中，科技公司是一人有限责任公司，吴某系科技公司的唯一股东，在吴某无法举证证明其财产独立于公司财产时，则依法应对科技公司的债务承担连带责任。

【实务建议】

考虑到一人有限公司的特殊性，为了最大限度的保护股东，合法合理利用股东有限责任原则，避免股东对公司债务承担连带责任，公司应建立规范的、独立的财务制度，确保公司财产与股东个人财产相互独立，避免出现财产混同的情况。否则，一旦发生劳动争议，劳动者完全有依据同时追究公司与股东的法律责任。

同时，劳动者在主张劳动权益时，可事先审查公司的性质。如果公司属于一人有限公司，除追究公司的责任，还可同时追究股东的连带责任，以最大限度的保障自身的权益。

作者简介：

何志杰，广东联建律师事务所合伙人律师，深圳市律协劳动与社会保障法律专业委员会委员，网站 HR730 特聘专家。长期从事劳动法实务，承办了大量重大疑难的劳动纠纷案件，并为多家企事业单位担任常年法律顾问或劳动法专项法律顾问，具有丰富的劳动法实务经验。

培训期间的工资是否属于培训费用？

何志杰，广东联建律师事务所

《劳动合同法》规定，用人单位为劳动者提供专项培训费用，对其进行专业技术培训的，可以与劳动者约定服务期。而就培训费用的范围，《劳动合同法实施条例》第 16 条进行了明确规定，培训费用包括用人单位为了对劳动者进行专业技术培训而支付的有凭证的培训费用、培训期间的差旅费以及因培训而产生的用于劳动者本人的其他直接费用。

在实务当中，经常就培训期间劳动者所领取工资是否属于培训费用发生争议。今天，本律师将结合现行法律规定和具体案例，就此问题进行探讨。

【基本案情】

蔡某系南宁市妇幼保健院的医生，保健院派蔡某到广州中山大学第一附属医院学习进修，并于 2013 年 9 月签订培训的《合同书》。合同约定，培训期间的一切费用由妇幼保健院承担，进修后蔡某需在保健院工作 10 年以上。如违反约定，需赔偿进修期间的一切费用，并支付违约金 3 万元。蔡某进修回来后，于 2015 年 4 月辞职。由此，保健院要求蔡某赔偿费用 18218 元，包括进修费 9100 元、住宿费 3000 元、差旅费 1392 元与进修期间的工资与绩效奖金 9274 元，并支付 3 万元的违约金。

【裁决结果】

二审法院认为，本案的争议焦点包括，培训费如何确定？蔡某应否按约定支付培训期间工资与奖金？

首先，根据《劳动合同法实施条例》第十六条规定，培训费用包括用人单位为了对劳动者进行专业技术培训而支付的有凭证的培训费用、培训期间的差旅费用以及因培训产生的用于该劳动者的其他直接费用。因此，培训费不包括正常支付的工资和奖金。保健院所支付的培训费用应为 13492 元（培训费 9100 元+住宿费 3000 元+差旅费 1392 元）。

其次，关于蔡某应否按约定支付培训期间工资及奖金的问题。保健院与蔡某签订的《合同书》约定蔡某违反服务期约定的，应支付培训费、住宿差旅费及培训期间的工资、奖金。根据《劳动合同法实施条例》第十六条的规定，培训费不包含工资及奖金。再根据《劳动法》[第五十条](#)：“工资应当以货币形式按月支付给劳动者本人。不得克扣或者无故拖欠劳动者的工资”的规定，保健院应当支付蔡某在培训期间的工资，不得以其他理由克扣。因此，双方当事人在合同中约定蔡某违反服务期的应支付期间的工资及奖金，违反了上述法律规定。二审法院认定，蔡某无需向保健院支付培训期间的工资及奖金。

【律师观点】

《劳动合同法实施条例》第16条规定，培训费用包括用人单位为了对劳动者进行专业技术培训而支付的有凭证的培训费用、培训期间的差旅费以及因培训而产生的用于劳动者本人的其他直接费用。培训期间的工资是否属于“因培训而产生的用于该劳动者的其他直接费用”，现行法律法规并未作出进一步解释，在实务中也存在不同的观点。所以，用人单位与劳动者约定培训费用包括培训期间所发放的工资与奖金是否有效，也是存在较大的争议。

笔者认为，《劳动合同法实施条例》规定的“因培训而产生的用于该劳动者的其他直接费用”是一个兜底条款，认定“其他费用”是否属于培训费用的关键在于该费用是否因培训而产生。劳动者的劳动报酬，是基于劳动合同约定产生的，而不是基于培训产生的。所以，用人单位要求劳动者返还培训期间的工资，一般来说是没有法律依据的。根据笔者检索的案例显示，大部分案例是认定培训期间的工资不属于培训费用的，即使用用人单位与劳动者之间存在相关的约定。

但是，作为用人单位应如何应对这种情况呢？笔者有以下几点建议，一是在培训协议中约定培训期间劳动者是否需要提供劳动义务，二是在培训协议中约定，将培训期间的工资计入培训费用，三是考虑到培训期间要保障劳动者的基本生活需要，可以协议的形式将劳动者培训期间的工资结构进行调整，一部分作为基本工资，另外一部分作为培训补贴，并将培训补贴/计入培训费用。通过上述操作，则有较大的可能争取将培训期间的工资被法院认定为培训费用。

从真实案例中讨论《劳动合同法》第三十三、三十四条相关问题

林乐军，广东华途律师事务所

似乎从吉利收购沃尔沃开始，公司并购就越来越成为大家茶余饭后时常谈起的话题。

我们熟知的并购案不少，阿里收购 UC、滴滴并购 Uber 中国、美团与大众点评合并，再到 2017 年饿了么收购百度外卖、中信资本收购麦当劳……

如今，在这些变革的背后，我们除了能看见日常生活和公司间的利益所得正在发生改变之外，还能看见什么？

如果你是一位身处其中的 HR，面对诸如收购、并购、股东成立新主体、员工被要求转移到新公司等这些常见的商业行为，我猜，你最关心的莫过于身处其中的员工的劳动合同、工龄该怎样处理。而要回答这个问题，则需要读懂劳动合同法第 33、34 条，及司法解释四第五条相关内容……

知识点一：公司变更名称、法定代表人、主要负责人、投资人

所涉法条

《劳动合同法》第三十三条 用人单位变更名称、法定代表人、主要负责人或者投资人等事项，不影响劳动合同的履行。

如何理解这几个名词？

名称：公司名称是公司向登记机关登记及营业执照上相关的载明信息。

法定代表人：又称“法人代表”，一般指依法代表公司行使民事权利，履行民事义务的主要负责人。

主要负责人：一般指主持本单位全面工作、具有最高决策权的领导。例如：董事长、律师事务所主任等。

投资人：指具体出资人员，可理解为公司股东。投资人可能参与公司管理，担任包括法定代表人在内的公司职务，也可能不参与公司管理，不承担任何职务。

什么叫不影响劳动合同的继续履行？

所谓不影响继续履行，即劳动合同不需要发生任何变化或进行任何变更。单纯的公司名称、法定代表人、主要负责人和投资人（股权）的变化并不使法律主体资格发生任何变化，故公司与劳动者的劳动合同不受任何影响，无需重签劳动合同，从法律角度也不需要与每个员工变更劳动合同或统一发布公告。

知识点二：公司发生“合并”、“分立”

所涉法条

《劳动合同法》第三十四条 用人单位发生合并或者分立等情况，原劳动合同继续有效，劳动合同由承继其权利和义务的用人单位继续履行。

合并的两种形式，及其对劳动关系的影响

根据《公司法》规定，公司合并分为两种：吸收合并、新设合并。

【吸收合并】

>吸收合并对劳动者劳动关系的影响：

(1) A公司劳动者，原劳动合同不受影响。

(2) B公司劳动者，B公司已解散，A公司为“承继权利和义务的用人单位”。

实操中一般由A公司与B公司劳动者重签劳动合同（按原劳动合同约定）；若A公司与B公司劳动者未重签劳动合同，按照法条字面意思不影响其“原劳动合同继续有效”，但因不存在A公司与B公司劳动者之间的劳动合同书面文本，从形式要件角度而言，无法排除“未签书面合同二倍工资”的风险。

故建议，B公司员工与A公司重签劳动合同，重签的劳动合同的起始时间为重签日期，B公司劳动者原工龄连续计算（具体可参见《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（四）》第五条）。

所涉法条

《司法解释（四）》第五条 劳动者非因本人原因从原用人单位被安排到新用人单位工作，原用人单位未支付经济补偿，劳动者依照劳动合同法第三十八条规定与新用人单位解除劳动合同，或者新用人单位向劳动者提出解除、终止劳动合同，在计算支付经济补偿或赔偿金的工作年限时，劳动者请求把在原用人单位的工作年限合并计算为新用人单位工作年限的，人民法院应予支持。

用人单位符合下列情形之一的，应当认定属于“劳动者非因本人原因从原用人单位被安排到新用人单位工作”：

（一）劳动者仍在原工作场所、工作岗位工作，劳动合同主体由原用人单位变更为新用人单位；

（二）用人单位以组织委派或任命形式对劳动者进行工作调动；

（三）因用人单位合并、分立等原因导致劳动者工作调动；

（四）用人单位及其关联企业与劳动者轮流订立劳动合同；

（五）其他合理情形。

【新设合并】

> 新设合并对劳动者劳动关系的影响：

同上吸收合并，A、B公司的劳动者，原劳动合同的权利义务由C公司继承。

故建议，由C公司与A、B公司的劳动者按原劳动合同的内容进行重签劳动合同。重签的劳动合同的起始时间为重签日期，A、B公司劳动者原工龄连续计算（理由同上不再赘述）。

分立的两种形式及其对劳动关系的影响

根据《公司法》规定，公司分立分为两种：存续分立、解散分立。分立并不单纯的是设立新公司，而原公司资产也同时被剥离，原公司注册资金下降，原公司作为法人承担权利义务的能力被削弱。

【存续分立】

> 存续分立对劳动者劳动关系的影响：

（1）A公司原劳动者：原劳动合同不受影响。

（2）B公司的原A公司劳动者：原劳动合同继续有效、工龄连续计算、建议B公司与A公司劳动者重签劳动合同，理由同上述合并之理由。

但原A公司员工到B（新公司）去上班，建议公司与员工达成一致。如员工不同意的，除员工的劳动合同权利义务确由B公司承继的外，因原劳动合同主体未变化，员工继续跟A履行劳动合同，如员工在A的岗位发生其他变化的按照相关法律法规处理。

【解散分立】

> 解散分立对劳动者劳动关系的影响：

（1）原A公司劳动者同意分流至B/C公司的，原劳动合同继续有效、工龄连续计算，同时建议B/C公司与A公司劳动者重签劳动合同，理由不再赘述。

（2）原A公司劳动者不同意分流至B/C公司的，一种意见认为，根据《劳动合同法》第三十四条规定，原劳动合同继续有效，原权利义务已由B/C继承，故员工应接受B/C管理到B/C就职。另一种意见认为，因A即将解散，故可按《劳动合同法》第四十四条第（五）款中的“用人单位决定提前解散”，对劳动者劳动合同进行终止处理

在并购事件中,企业并购阶段已成为员工停工事件的高发期和劳资冲突的导火索。如联想收购 IBM 低端服务器业务、深圳工厂数百名工人停工、西部数据收购日立在深圳的全资子公司、数千名员工停工.....

而劳动者停工的原因,多是在企业并购中没有知情权和选择权,担心并购后降低劳动条件,要求用人单位支付经济补偿。

在实务中,法律究竟会怎样维护劳动者的权益呢? HR 遇到此类问题时应该怎样应对呢?

我们通过案例来了解一下吧!

案例

● 事件

2013 年 9 月,微软宣布以 54.4 亿欧元价格收购诺基亚智能设备业务和服务部门,收购内容包括品牌和产品,3.2 万名诺基亚员工并入微软。11 月,诺基亚在华制造基地员工并入微软。同月,诺基亚在华制造基地东莞诺基亚移动电话有限公司数百名员工停工。

● 员工诉求

员工认为公司被收购,他们应该拥有选择离开或留下的权利并得到合法补偿,不能任由公司卖给下家,并打出了希望得到应有尊重和入权的维权横幅。

员工要求公司被收购前买断工龄,一次性支付经济补偿,对于收购后愿意与新公司签订劳动合同的员工,公司承诺的薪资福利不得低于原有水平。

问题一:在微软并购诺基亚的过程中,劳动者是否有知情权?

① 《劳动合同法》33、34 条未规定劳动者有专门的知情权

所涉法条:

《劳动合同法》第三十三条 用人单位变更名称、法定代表人、主要负责人或者投资人等事项，不影响劳动合同的履行。

《劳动合同法》第三十四条 用人单位发生合并或者分立等情况，原劳动合同继续有效，劳动合同由承继其权利和义务的用人单位继续履行。

从《劳动合同法》第 33、34 条意义上，并未规定劳动者有专门的知情权。《劳动合同法》第 33 条，从操作角度而言，“用人单位变更名称、法定代表人、主要负责人或者投资人等事项”，在实务中有以下具体流程：

- ✓ 需在公司登记机关指定的媒体中登报
- ✓ 需在市场监督管理局履行相应的变更、备案手续

公司在指定媒体登报、在市场监督管理局的变更、备案信息，向全社会予以公开，一定程度上实现了向特定、不特定公众公开的职能。在上述变更流程中的登记、备案，未有规定要求公司需对劳动者履行特别的告知。

对于《劳动合同法》第 34 条提及的合并或者分立，为了保护债权人、债务人的知情权，《公司法》规定了专门的告知流程（包括告知、登报、登报的期限等）。同理，作为公司内部的劳动者，其与债权人债务人一样，能通过法定流程知晓公司情况。

②在法律意义上，涉及变更劳动合同的内容，劳动者有知情权，也有说“不”的权利

所涉法条

《劳动合同法》第三十五条 用人单位与劳动者协商一致，可以变更劳动合同约定的内容。变更劳动合同，应当采用书面形式。

《劳动合同法》第 33 条规定“不影响劳动合同的履行”、第 34 条规定“原劳动合同继续有效，劳动合同由承继其权利和义务的用人单位继续履行”。在保护劳动者合法权益的大原则下，在《劳动合同法》第 35 条作了明确约定：

✓ 如涉及劳动合同内容变更的应与劳动者协商一致

该条在一定程度上，补充解释了当 33、34 条涉及到个体劳动者劳动合同内容变更的，劳动者既有知情权，也有说“不”的权利。

问题二：劳动者是否能要求原单位（诺基亚）买断工龄，并一次性支付经济补偿？

①劳动者无权要求原公司买断工龄，并一次性支付经济补偿。

②依据：

A. 《劳动合同法》第 33、34 条

不管第 33 条的“不影响劳动合同的履行”、还是第 34 条的“原劳动合同继续有效”，双方的劳动合同在法律效果上均在继续有效。该两条均未导致双方劳动合同的“终止”或“解除”，因此劳动者在此处无法获得“要求买断工龄”的权利。

B. 司法解释（四）第五条

司法解释（四）第五条 劳动者非因本人原因从原用人单位被安排到新用人单位工作，原用人单位未支付经济补偿，劳动者依照劳动合同法第三十八条规定与新用人单位解除劳动合同，或者新用人单位向劳动者提出解除、终止劳动合同，在计算支付经济补偿或赔偿金的工作年限时，劳动者请求把在原用人单位的工作年限合并计算为新用人单位工作年限的，人民法院应予支持。

用人单位符合下列情形之一的，应当认定属于“劳动者非因本人原因从原用人单位被安排到新用人单位工作”：

（一）劳动者仍在原工作场所、工作岗位工作，劳动合同主体由原用人单位变更为新用人单位；

（二）用人单位以组织委派或任命形式对劳动者进行工作调动；

（三）因用人单位合并、分立等原因导致劳动者工作调动；

（四）用人单位及其关联企业与劳动者轮流订立劳动合同；

（五）其他合理情形。

其中，“劳动者非因本人原因从原用人单位被安排到新用人单位工作”包括：

（1）劳动者仍在原工作场所、工作岗位工作，劳动合同主体由原用人单位变更为新用人单位；

（2）因用人单位合并、分立等原因导致劳动者工作调动。

最高法认为，劳动者工龄保护（买断工龄）的起因条件为“原用人单位未支付经济补偿，且符合劳动合同法第三十八条规定”，以及新用人单位提出解除、终止。

问题三：劳动者是否有权要求收购单位（微软公司）与其重签劳动合同？

从新用人单位与原单位劳动者是否具备书面劳动合同的形式要件角度而言，我们建议 **HR**：

均要与原单位劳动者重签劳动合同

否则无法排除“未签订书面劳动合同二倍工资”的法律风险。反过来看，劳动者要求以承认原工龄、原条件重签劳动合同的，也属合理要求范围。

问题四：劳动者是否有权拒绝到收购单位（微软公司）上班？

劳动者无权拒绝到收购单位（微软公司）上班

理由参见“问题二”。

用人单位能否单方对员工进行调岗？——以广东省为例

凌超，广东卓建律师事务所

【前言】

工作岗位通常决定了员工的工作内容甚至工作强度、待遇标准，也是劳动合同中的必备条款。那么，用人单位能否单方对劳动者的工作岗位进行调整呢？

【案情简介】

郑某于2000年11月入职某认证服务公司（以下简称认证服务公司），劳动合同中约定岗位为客服经理。离职前郑某的职务为高级客服经理，平均工资为19000元/月。2016年11月，认证服务公司安排郑某与公司另一职员进行工作交接，但工作待遇仍保持不变。郑某主张认证服务公司未经其同意违法调整其岗位和工作内容，向认证服务公司提出解除劳动合同，主张经济补偿金。

【争议焦点】

- 1、认证服务公司未经员工同意单方调整工作岗位是否合法？
- 2、认证服务公司是否需向郑某支付经济补偿金？

【裁判结果】

该案经过仲裁、一审、二审，均认定用人单位调整岗位的决定并不违法，用人单位无需支付经济补偿金，遂驳回了郑某的诉请。

【裁判理由】

企业作为市场经济主体，根据生产经营的需要对劳动者的岗位进行调整，属于用人单位经营以及用工自主权的范畴。法院作为纠纷裁判者而并非市场经营者，不宜过度介入用人单位具体生产经营和用人管理安排，在不损害劳动者基本权益的前提下，对于何为生产经营的需要应交由用人单位自主判断，以保障用人单位作为市场经济主体的活力以及用人单位经济发展权益。

劳动者的基本权益主要包括物质性权利和精神性权利。用人单位的调岗，一是不能损害劳动者的物质权利，即调整工作岗位后劳动者的工资水平与原岗位基本相当；二是不能损害劳动者从劳动中获得尊严以及实现自我价值等非物质权利，即调岗不能具有惩罚性和侮辱性。

本案中，双方劳动合同约定郑某的岗位为客服经理，至2016年才逐步晋升为高级客服经理。虽然郑某不再担任高级客服经理领导职务，但是其薪酬水平与之前基本相当，由于郑某不再担任领导职务，并随之不再具有以往的电脑权限，交还所保管的公司印章等，均是正常的工作交接安排，故本案不属于被迫解除。

【律师点评】

上述案例所述情形在实践中具有较强的代表性，长期以来调岗被视为是企业的正当权利，用人单位单方调岗的情形在职场中较为普遍，实践中，用人单位一般都会在劳动合同中约定用人单位有权根据工作需要和员工表现调整员工工作岗位。但往往在用人单位作出调岗通知后，员工方却不予配合。那么，在此种情况下，用人单位提出解除劳动合同，或者劳动者以用人单位未按劳动合同约定的劳动条件为由提出被迫解除劳动关系，用人单位是否需要支付经济补偿金？

上述问题的核心，实际上在于判断用人单位的单方调岗行为是否合法，是否属于在合法合理的范围内行使自身的用工自主权。一方面，企业拥有用工自主权，其对员工情况更为了解，而市场瞬息万变，调岗是顺应市场的有之义；但另一方面，根据《劳动合同法》第35条的规定，劳动合同的变更须经用人单位和员工协商一致并采用书面形式，工作岗位的变更自然属于劳动合同变更。如果允许用人单位无限制的行使用工自主权，任意调整员工岗位，必然导致对员工权利的侵犯，工作岗位条款亦将形同虚设。就全国范围而言，我国法律法规对用人单位单方调岗并无统一明确的规定，各地的司法实践差异较大。

具体到广东省而言，广东省高级人民法院、广东省劳动人事争议仲裁委员会于2012年发布的《关于审理劳动人事争议案件若干问题的座谈会纪要》第22条规定：“用人单位调整劳动者工作岗位，同时符合以下情形的，视为用人单位合法行使用工自主权，劳动者以用人单位擅自调整其工作岗位为由要求解除劳动合同并请求用人单位支付经济补偿的，不予支持：（1）调整劳动者工作岗位是

用人单位生产经营的需要；（2）调整工作岗位后劳动者的工资水平与原岗位基本相当；（3）不具有侮辱性和惩罚性；（4）无其他违反法律法规的情形。用人单位调整劳动者的工作岗位且不具有上款规定的情形，劳动者超过一年未明确提出异议，后又以《劳动合同法》第三十八条第一款第（一）项规定要求解除劳动合同并请求用人单位支付经济补偿的，不予支持。”

上述规定很好地平衡了企业用工自主权和员工合法权益之间的边界，具有合理性及较强的可操作性。根据上述规定，不论企业是否与员工约定了调岗权，企业单方调岗是否合法，均应依照上述 4 个评判标准进行评价。具体到本案而言，公司方的调岗决定具有现实需要，没有降低员工方的薪资标准，没有侮辱性和惩罚性，因而合法有效。所以郑某以公司方单独调岗为由提出被迫解除劳动关系没有法律依据，法院判决驳回员工方要求经济补偿金的诉求正确。

【几点启示】

根据上述裁判规则，具体到广东省，就用人单位单方调整员工工作岗位而言，大致可以得出如下结论：

1、用人单位单方调岗不以双方存在约定为前提，也就是说即使用人单位没有和劳动者在劳动合同中明确约定用人单位可以单方调整劳动者岗位，用人单位仍具有单方调岗权。当然，如果劳动合同中对此有明确约定，于用人单位而言自然更有保障。

2、调岗须至少同时满足四个条件：即调岗是用人单位生产经营的需要、调整工作岗位后劳动者的工资水平与原岗位基本相当、不具有侮辱性和惩罚性、不违反其他法律法规（比如不得将女职工调岗至矿山井下等禁忌岗位等），缺一不可，否则将构成违法调岗，员工有权拒绝。

3、员工拒不服从用人单位合理调岗安排，用人单位经协商处理仍不能达成一致的，用人单位有权以员工严重违反劳动纪律为由解除劳动合同。

4、员工服从用人单位合理调岗安排并经历一定期限（笔者认为按照《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（四）》第十一条之规定为 1 个月）后，再以用人单位单方调岗提出被迫解除的，将不被支持。

作者简介：凌超，十年律师执业经历，现任广东卓建律师事务所劳动法律专业委员会副主任、第十届深圳市律师协会劳动与社会保障专业委员会委员。专业领域：企业用工筹划及风险防范、企业裁员/解聘方案设计、劳动争议、合同纠纷等民商事诉讼代理。

企业单方面调岗降薪，员工不吭声，20份法院判决告诉你这样做的法律效力

段海宇、张钊铭，广东瀛尊律师事务所

一、背景介绍

背景介绍：

根据《劳动合同法》第三十五条：“用人单位与劳动者协商一致，可以变更劳动合同约定的内容。变更劳动合同，应当采用书面形式。变更后的劳动合同文本由用人单位和劳动者各执一份。”该条规定了变更劳动合同的两个原则，即协商一致原则和书面原则，也就是说如果员工不存在《劳动合同法》第四十条和其他法定情形，用人单位调岗调薪必须员工同意并采用书面形式。

但是，人力资源管理实践中，情况千变万化，凡变更劳动合同皆要求书面化，过于僵化。根据《合同法》第三十六条规定，法律、行政法规规定或者当事人约定采用书面形式订立合同，当事人未采用书面形式但一方已经履行主要义务，对方接受的，该合同成立。合同法的法理应可以作为参考。根据《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（四）》第十一条规定，变更劳动合同未采用书面形式，但已经实际履行了口头变更的劳动合同超过一个月，且变更后的劳动合同内容不违反法律、行政法规、国家政策以及公序良俗，当事人以未采用书面形式为由主张劳动合同变更无效的，人民法院不予支持。

于是，人力资源管理实务中，有些用人单位就单方面调岗调薪，然后以员工在一个月没有提出异议为由主张员工已经同意调岗调薪，这种操作能否得到法院的支持呢？

对此，笔者汇总了全国各地法院20份正反案例，以供参考。

二、支持派

【案例】

深圳：

王君彪与深圳市金洋电子股份有限公司劳动争议二审民事判决书【（2016）粤03民终13128号】

关于2015年2月1日至2015年9月30日工资差额问题。根据《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（四）》第十一条的规定，变更劳动合同未采用书面形式，但已经实际履行了口头变更的劳动合同超过一个月，且变更后的劳动合同内容不违反法律、行政法规、国家政策以及公序良俗，当事人以未采用书面形式为由主张劳动合同变更无效的，人民法院不予支持。结合本院查明的事实，本案金洋公司2015年2月起将王君彪的月工资由36000元变更为26000元，属于变更劳动合同，双方已经实际履行了八个月，王君彪没有证据证明在此期间提出异议，视为认可，故本院认定金洋公司2015年2月起将王君彪的月工资由36000元变更为26000元的行为是合法有效的，金洋公司已经足额发放王君彪2015年2月1日至2015年9月30日期间的工资。王君彪主张该期间工资差额80000元的诉讼请求，本院不予支持。

广州：

申奇、恒大地产集团珠三角房地产开发有限公司劳动争议二审民事判决书【（2018）粤01民终12856号】

本院认为，关于2016年12月后申奇男的工资数额问题。《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（四）》第十一条规定：“变更劳动合同未采用书面形式，但已经实际履行了口头变更的劳动合同超过一个月，且变更后的劳动合同内容不违反法律、行政法规、国家政策以及公序良俗，当事人以未采用书面形式为由主张劳动合同变更无效的，人民法院不予支持。”申奇男的《薪资信息表》显示，申奇男2016年7月至11月期间的级别薪资为50000元月，2016年12月至2017年5月的级别薪资为47000元月，即自2016年12月起，申奇男的级别薪资由50000元月变更为47000元月，上述变更虽未采用书面形式，但已经实际履行超过一个月，申奇男知晓上述变更并未提出异议，视为双方对申奇男的级别薪资由50000元月变更为47000元月达成了一致意见，现申

奇男要求按 50000 元月的标准计算 2017 年 5-7 月的工资及未休年休假工资，缺乏依据，本院不予支持。

佛山：

佛山市华章劳动保障服务有限公司、伍冰峰劳动合同纠纷二审民事判决书
【（2017）粤 06 民终 10164 号】

关于华章公司、天高域顺德代表处是否需向伍冰峰支付工资差额的问题。首先，华章公司提供的劳动合同约定伍冰峰的工资为每月 7150 元，而伍冰峰提供的劳动合同约定伍冰峰的工资是每月 8100 元，其他的内容一致，双方承认华章公司 2014 年 1 月至 2016 年 6 月均按每月 7150 元的工资标准支付工资给伍冰峰，《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（四）》第十一条的规定，“变更劳动合同未采用书面形式，但已经实际履行了口头变更的劳动合同超过一个月，且变更后的劳动合同内容不违反法律、行政法规、国家政策以及公序良俗，当事人以未采用书面形式为由主张劳动合同变更无效的，人民法院不予支持”，因此本院认定双方在劳动合同的实际履行中，已经以实际行动对双方签订劳动合同的工资约定条款进行了变更，故伍冰峰上诉请求华章公司、天高域顺德代表处支付 2014 年 1 月至 2016 年 6 月工资差额的上诉理由不能成立，本院不予支持。

中山：

日先陈列展示用品（中山）有限公司与郭艳劳动合同纠纷二审民事判决书
【（2013）中中法民六终字第 580 号】

根据《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（四）》第十一条“变更劳动合同未采用书面形式，但已经实际履行了口头变更的劳动合同超过一个月，且变更后的劳动合同内容不违反法律、行政法规、国家政策以及公序良俗，当事人以未采用书面形式为由主张劳动合同变更无效的，人民法院不予支持”、第十五条第二款“本解释施行后尚未终审的劳动争议纠纷案件，适用本解释；本解释施行前已经终审，当事人申请再审或者按照审判监督程序决定再审的，不适用本解释”的规定，本案中日先陈列展示公司对郭艳调岗降薪是对合

同内容的变更，从**2012年1月**起至郭艳离职双方已经按照新的岗位和工资标准履行权利和义务长达五个多月，且变更后的内容并不违反法律、行政法规、国家政策以及公序良俗，郭艳主张的工资差额无法律依据，原审法院对此项认定有误，本院予以纠正。

杭州：

冯国清与贝莱胜电子（杭州）有限公司劳动争议二审民事判决书【（2016）浙01民终1515号】

冯国清提交的证据3加薪通知单和证据4工资单清楚地证明劳动合同约定冯国清的月基本工资32644元包括基本工资29644元和特殊津贴3000元的客观事实，并且冯国清月基本工资32644元已实际执行了**2014年一整年**。《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（四）》第十一条规定：变更劳动合同未采用书面形式，但已经实际履行了口头变更的劳动合同超过一个月，且变更后的劳动合同内容不违反法律、行政法规、国家政策以及公序良俗，当事人未采用书面形式为由主张劳动合同变更无效的，人民法院不予支持。同时《杭州地区法院审理劳动争议案件若干实务问题的处理意见（试行）》第二十三条规定：用人单位和劳动者之间未书面变更劳动合同，但确有证据表明双方事实上已经变更了劳动合同的全部或部分内容，并实际履行持续一段时间的，可确认劳动合同已经变更的事实。依照以上两个国家及地方法律规定，可以清楚地证明劳动合同约定冯国清月基本工资为**32644元**。

北京：

曾健与北京博士达制冷空调技术有限责任公司等劳动争议二审民事判决书【（2016）京01民终5953号】

关于**2005年6月至2014年5月**期间工资差额及**25%赔偿金**，曾健在职期间的实际工资标准为北京市最低工资标准，尽管劳动合同中明确约定按北京制冷学会会员月工资标准执行，但曾健与博士达公司自**2005年6月至2014年5月**期间一直按照北京市最低工资标准发放工资，且该种工资发放状况不违反法律、行政法规、国家政策以及公序良俗。因此，本院根据《最高人民法院关于审理劳

劳动争议案件适用法律若干问题的解释（四）》第十一条的规定，认定本案当事人以实际履行行为变更了劳动合同中约定的工资标准。

上海：

沃雷文建筑安装材料(上海)有限公司与严心彬劳动合同纠纷一审民事判决书【（2017）沪0112民初16443号】

根据规定，变更劳动合同未采用书面形式，但已经实际履行了口头变更的劳动合同超过一个月，且变更后的劳动合同内容不违反法律、行政法规、国家政策以及公序良俗，当事人以未采用书面形式为由主张劳动合同变更无效的，人民法院不予支持。本案中，即使认定劳动合同附件2中原、被告明确约定了季度目标业绩奖及季度目标管理奖，但因原告自被告入职起从未向被告支付过上述季度奖，故可以认定上述约定已经以实际履行方式变更。综上，原告主张无需支付被告2015年1月1日至2016年12月12日期间季度奖之请求，本院予以支持。

天津：

刘焕宇、天津物美投资发展有限公司劳动争议二审民事判决书【（2017）津02民终7222号】

变更劳动合同未采用书面形式，但已经实际履行了口头变更的劳动合同超过一个月，且变更后的劳动合同内容不违反法律、行政法规、国家政策和公序良俗，当事人以未采用书面形式为由主张劳动合同变更无效的，人民法院不予支持。本案中，刘焕宇的工资自2012年1月即调整为8000元/月，尽管刘焕宇称提出异议，但其提供的证据不足以证实其主张。双方的劳动合同在工资调整之后长期正常履行，在该情形下，应视为双方变更了劳动合同。

重庆：

李凌与重庆永辉超市有限公司劳动合同纠纷二审民事判决书【（2018）渝01民终7946号】

从 2018 年 3 月起，李凌的薪资被调整为一般合伙人成员的标准。永辉公司对李凌调岗调薪符合前述双方均认可的岗位薪资调整的条件及薪资标准，李凌应当遵守。另《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（四）》第十一条规定：变更劳动合同未采用书面形式，但已经实际履行了口头变更的劳动合同超过一个月，且变更后的劳动合同内容不违反法律、行政法规、国家政策以及公序良俗，当事人以未采用书面形式为由主张劳动合同变更无效的，人民法院不予支持。从查明情况看，永辉公司将李凌从小店长调整为一般合伙人成员，之后亦按一般合伙人成员薪资标准调整了李凌的薪资，履行时间至李凌提出解除劳动关系时已超一个月。据前述规定，永辉公司对李凌的调岗调薪亦是有效的。因此，从 2018 年 3 月起，永辉公司按一般合伙人成员薪资标准向李凌支付工资是有合法依据的。

南京：

葛家银与南京晖鸿人力资源管理有限公司、中华人民共和国江苏海事局后勤管理中心等劳动合同纠纷二审民事裁定书【（2018）苏 01 民终 2504 号】

《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（四）》第十一条规定：“变更劳动合同未采用书面形式，但已经实际履行了口头变更的劳动合同超过一个月，且变更后的劳动合同内容不违反法律、行政法规、国家政策以及公序良俗，当事人以未采用书面形式为由主张劳动合同变更无效的，人民法院不予支持。”本案中，即使葛家银提交的工资单真实，但该工资单也能够表明各方在实际履行劳动合同过程中已变更了劳动合同中约定的工资支付方式，该变更不违反强制性规定，且在履行劳动合同期间葛家银也未明确提出过异议，故各方对劳动合同的变更已发生法律效力。在此情形下，一审法院将葛家银工资中每月固定发放的费用认定为基本工资性质，并认为补发基本工资无事实依据，处理并无不当，本院予以维持。

苏州：

昆山联合巴士租赁有限公司与杨树椿经济补偿金纠纷二审民事裁定书【（2014）苏中民终字第 1652 号】

《最高人民法院〈关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（四）〉》第十一条规定，变更劳动合同未采用书面形式，但已经实际履行了口头变更的劳动合同超过一个月，且变更后的劳动合同内容不违反法律、行政法规、国家政策以及公序良俗，当事人以未采用书面形式为由主张劳动合同变更无效，人民法院不予支持。本案中，巴士公司调杨树椿至行政管理科工作，**虽未就变更劳动合同采用书面形式，但杨树椿实际也到岗位上上班达三个月，应当认定双方就岗位变动达成一致。**巴士公司按岗位待遇发放杨树椿相应工资，符合法律规定的同工同酬原则。杨树椿认为其自免去职务起就一直与巴士公司进行交涉，并未提供证据证明。原审法院认定双方就岗位变动和薪资达成一致并无不当。

无锡：

江苏东邦科技有限公司与张夕军追索劳动报酬纠纷二审民事判决书
【（2015）锡民终字第 1055 号】

虽然根据《劳动合同法》的规定，东邦公司与张夕军变更劳动合同内容，应当采用书面形式，但根据《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（四）》的规定，变更劳动合同未采用书面形式，但已经实际履行了口头变更的劳动合同超过一个月，且变更后的劳动合同内容不违反法律、行政法规、国家政策以及公序良俗，**当事人主张劳动合同变更无效的，法院不予支持。**因此，张夕军主张按照原劳动合同约定的薪资标准要求东邦公司履行支付报酬义务，对此法院不予支持。

济南：

李鲁等劳动争议二审民事判决书【（2016）鲁 01 民终 5708 号】

本院认为，在李鲁未对其工资标准的变动及时提出异议的情况下，天石集团的主张，有合同和法律依据，本院予以支持。李鲁 2012 年 12 月、2013 年 3 月、4 月、11 月、2014 年 1 月、11 月和 2015 年 1 月的工资已经发放，其再主张该期间的工资，无事实和法律依据，本院不予支持。

武汉：

上诉人李明与武汉百事可乐饮料有限公司劳动争议一案二审民事判决书
【（2014）鄂武汉中民商终字第 01553 号】

本院认为，《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（四）》第十一条规定：“变更劳动合同未采用书面形式，但已经实际履行了口头变更的劳动合同超过一个月，且变更后的劳动合同内容不违反法律、行政法规、国家政策以及公序良俗，当事人以未采用书面形式为由主张劳动合同变更无效的，人民法院不予支持。”本案中，百事可乐公司在调整李明工作岗位时，李明虽未明确表示同意，但其于 2013 年 11 月 1 日到新的工作岗位上报到，至六个月之后才向劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁。根据上述司法解释的规定，应当认定双方变更了劳动合同。

长沙：

湖南华悦酒店有限公司与梅小波劳动争议纠纷二审判决书【（2016）湘 01 民终 376 号】

本院认为，华悦酒店对梅小波进行调岗降薪，实质上是对双方的劳动合同的部分内容进行调整，涉及劳动者的切身利益，华悦酒店作为用人单位应举证证明其调岗降薪行为的合理合法性。本案中，华悦酒店提交了 2012 年与 2014 年安全生产监督检查整改指令书以证明梅小波作为消防主管负有安全责任，依据双方签订的劳动合同以及公司员工手册等规定，其有权根据酒店需要与工作表现对梅小波进行调岗调薪，并且梅小波在变更劳动合同后继续工作了三个多月，并未提出书面异议。根据上述法律规定，华悦酒店对梅小波调岗调薪是合法有效的。

呼和浩特：

关雪松与内蒙古海亮房地产开发有限公司劳动合同纠纷二审民事判决书
【（2014）呼民五终字第 00045 号】

依据《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（四）》第十一条的规定：“变更劳动合同未采用书面形式，但已经实际履行了口头变更的劳动合同超过一个月，且变更后的劳动合同不违反法律、行政法规、国家政策以及公序良俗，当事人以未采用书面形式为由主张劳动合同变更无效的，人民法

院不予支持”，可知，关雪松通过两个月的实际工作，已经认可了劳动合同的变更。

大连：

王德霞与大连农村商业银行股份有限公司劳动争议二审民事判决书【（2019）辽02民终1094号】

根据《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（四）》（法释[2013]4号）第十一条关于变更劳动合同未采用书面形式，但已经实际履行了口头变更的劳动合同超过一个月，且变更后的劳动合同不违反法律、行政法规、国家政策以及公序良俗，当事人以未采用书面形式为由主张劳动合同变更无效的，人民法院不予支持的规定，上诉人对于工作岗位的调整已实际履行超过1个月，应视为其对工作岗位调整的认可。

【小结】

在支持派看来，只要是用人单位提出调岗降薪，劳动者非但没有在一个月內提出书面反对意见，反而存在在新岗位上班、领取工资等行为，应视为双方达成合意、变更了劳动合同，对此应当予以支持。

三、反对派

北京：

王晓杉与中国航空技术北京有限公司劳动争议二审民事判决书【（2015）三中民终字第12230号】

《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（四）》第十一条规定：“变更劳动合同未采用书面形式，但已经实际履行了口头变更的劳动合同超过一个月，且变更后的劳动合同内容不违反法律、行政法规、国家政策以及公序良俗，当事人以未采用书面形式为由主张劳动合同变更无效的，人民法院不予支持。”该条从其制定的目的来看，规范的应当是当事人以变更劳动合同采取的形式问题，而劳动合同变更本身应当经双方当事人协商，也就是说，变更

劳动合同的内容仍需要劳动合同双方达成一致意见，而非经任意一方单方提出即可以产生法律效力的单方法律行为。本案中的焦点问题是，航空技术公司对王晓杉调岗降薪的行为是否经过双方协商并且达成一致意见，而非采取变更劳动合同内容采取的形式问题。就本案而言，航空技术公司变更劳动合同内容（即航空技术公司的工作内容和工资标准）应当与王晓杉进行协商并达成一致意见，在达成一致意见后方能变更合同内容，故航空技术公司单方降低王晓杉工资的行为违法了相关法律、法规的规定。

佛山：

佛山华品精密元件有限公司与被上诉人苏秀英劳动争议二审民事判决书
【（2013）佛中法民四终字第 1277 号】

虽然根据上述理由，华品公司对苏秀英的职位进行调整是生产经营的需要。但是，按规定华品公司作出调整时也应兼顾劳动者的利益，特别是工资待遇方面，作为用人单位对因调岗可能导致工资待遇调整也须适当、合理，并应保障劳动者调岗位后的工资水平与原岗位工资相当。因此，华品公司按制订的岗位工资待遇规定向调岗后的苏秀英支付工资，并不足以证明其调整合理。在本案中苏秀英调岗前收取的岗位工资为 2080 元 / 月，调岗后的工资降低了 650 元 / 月，即 1430 元 / 月。下降的幅度较大达 31.25%，而且诉讼中华品公司也未能举证明苏秀英从事作业员工作后工作强度随之大幅降低，或仍可获得与原岗位相当的工资待遇。因此，根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第六十四条的规定，对华品公司关于按调整后的职级工资待遇向苏秀英支付工资合理的主张，法院不予支持。

综上，虽然苏秀英已在调整后的岗位工作已超过一个月，但因华品公司向苏秀英支付的调整工作岗位后的工资大幅降低，并不合理。因此，苏秀英于 2013 年 3 月 22 日提出仲裁申请，并不违反《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（四）》第十一条的规定。根据上述事实，苏秀英关于华品公司调整苏秀英的工资等变更劳动合同内容的异议成立。对华品公司调整苏秀英工资等变更的效力，法院不予确认。据此，应认定华品公司作为用人单位存在未按劳动合同约定劳动报酬、未及时足额支付劳动报酬的情形。

武汉：

杨献中、武汉钢信软件有限公司劳动争议二审民事判决书【（2017）鄂01民终4564号】

被告作为用人单位虽然享有调整工资的权利且为《中华人民共和国劳动法》第四十七条所确认，但降低工资实为削减用人单位义务、损害劳动者权利的行为，属于重大的劳动合同变更，被告不能任意降低工资，而需与原告协商一致后方可执行，但被告没有提交证据证明双方已经对降低工资一事协商一致；二、《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（四）》第十一条虽然规定“变更劳动合同未采用书面形式，但已经实际履行了口头变更的劳动合同超过一个月，且变更后的劳动合同内容不违反法律、行政法规、国家政策以及公序良俗，当事人以未采用书面形式为由主张劳动合同变更无效的，人民法院不予支持”，但被告没有提交证据证明双方已经就劳动合同变更达成了口头一致；……。

【小结】

从反对派的观点来看，反对理由有三：

第一、《劳动案件司法解释（四）》第十一条制定目的应当是对变更劳动合同形式的规制，仍然应当要求用人单位和劳动者达成合意为前提，不能仅仅以用人单位的单方意志擅自调岗降薪。

第二、员工虽然已在调整后的岗位工作已超过一个月，但因用人单位向员工支付的调岗后的工资大幅降低，并不合理。

第三、用人单位降低工资实为削减用人单位义务、损害劳动者权利的行为，属于重大的劳动合同变更，用人单位不能任意降低工资，而需与原告协商一致后方可执行。

四、结论

从上述案例中可以看出，支持用人单位依照《劳动法司法解释（四）》第十一条进行调岗降薪的法院占了绝大多数。而且，即使是认为用人单位不能擅自调

岗降薪的北京、武汉、佛山中院，又在其他的案件中作出了支持用人单位调岗降薪的判决。

所以，在实务中对用人单位单方面依照《劳动案件司法解释（四）》第十一条进行调岗降薪通常是予以支持的，但劳动法司法实务具有很强的地域性，甚至同一个法院不同法官都可能有不同的认定，仍然可能会出现不支持这种调岗降薪的方式。

五、操作指引

用人单位：

用人单位在对员工调岗降薪时，要得到法院的认可，更加稳妥的方式，可以从如下几个方面着手：

第一、变劳动合同变更为劳动合同履行。用人单位调岗调薪一般属于劳动合同的变更，但是，如果双方事先就调岗调薪的适用情形、幅度进行了明确约定，则一旦符合约定的条件，用人单位就可以按照劳动合同约定进行调岗调薪，这时，就不是劳动合同变更，而是劳动合同的履行，自然不需要另行获得劳动者同意。

调岗调薪条款范本

第二、合法合理。所谓合法合理，根据现在的司法实务，需要符合如下条件：

- （一）调整劳动者工作岗位是用人单位生产经营的需要；
- （二）调整工作岗位后劳动者的工资水平与原岗位基本相当；
- （三）不具有侮辱性和惩罚性；
- （四）无其他违反法律法规的情形。

第三、做好证据收集。包括调岗降薪所依据的规章制度经过民主程序讨论并以公示的证据和已经将调岗调薪的通知告知员工的证据。

劳动者：

对于劳动者来说，最好能未雨绸缪，做好防范措施。在用人单位单方面调岗降薪后，要及时通过书面方式（例如自己的私人邮箱、EMS、微信、短信等）向用人单位提出反对意见，同时注意保留好自己提出反对意见的证据。特别需要注意的是，很多劳动者朋友仅仅通过工作邮箱向单位提出反对意见，但是离职之后，因为邮箱账号、密码被单位注销导致无法取证，让自己非常被动。

在做好上述工作后，如果单位仍然一意孤行，则可以用人单位未按照劳动合同提供劳动条件为由被迫解除劳动合同，这种离职方式，无需提前三十天通知单位，还可以要求经济补偿。

32 地区关于加班工资计算基数的 13 种标准及规定汇编

段海宇，广东瀛尊律师事务所

每个用人单位都不可避免存在加班，在我们国家由于加班工资的倍数比较高，因此，加班费的数额往往很高，用人单位的加班用工成本一直居高不下。

关于加班费，由于法律规定不完善，司法实务中存在很多疑难问题例如加班工资计算基数、追诉期限、举证责任等，今天就加班工资计算基数分享如下：

统计结果

在汇总了各地法规后我们发现，我们发现各地作为加班基数的标准并不一致，具体包括如下 13 种计算标准：

第一、以劳动者主张权利或劳动关系解除或终止前 12 个月工资为基数，例如江苏等地区；

第二、以正常工作时间工资为基数，例如深圳、安徽、新疆、青岛等地区；

第三、以当地同行业工资收入水平和双方当事人劳动惯例为基数，例如广州；

第四、以当地最低工资标准为基数，例如佛山；

第五、以员工实际收入的 70% 为基数，例如上海、温州；

第六、以实发工资基数，例如北京；

第七、以应得工资作为基数，例如天津；

第八、以加班加点发生前或休假前 12 个月的平均工资为基数，例如重庆；

第九、以相同岗位人员同期平均工资确定，例如重庆；

第十、以员工离职前 12 个月正常工作时间的平均工资为基数，例如湖北、郑州；

第十一、以当地上年度城镇单位在岗职工平均工资为基数，例如郑州；

第十二、以统筹地区上一年度相近行业职工平均工资计算，例如泸州；

第十三、以员工上一月份提供正常劳动所得实际工资扣除该月加班工资后的数额为基数，例如山东。

国家规定

《中华人民共和国劳动法》（2009 修订）

第四十四条 有下列情形之一的，用人单位应当按照下列标准支付高于劳动者正常工作时间工资的工资报酬：

（一）安排劳动者延长工作时间的，支付不低于工资的百分之一百五十的工资报酬；

（二）休息日安排劳动者工作又不能安排补休的，支付不低于工资的百分之二百的工资报酬；

（三）法定休假日安排劳动者工作的，支付不低于工资的百分之三百的工资报酬。

劳动部关于《劳动法》若干条文的说明【劳办发[1994]289号】第四十四条 有下列情形之一的，用人单位应当按照下列标准支付高于劳动者正常工作时间工资的工资报酬：

（一）安排劳动者延长工作时间的，支付不低于工资的百分之一百五十的工资报酬；

（二）休息日安排劳动者工作又不能安排补休的，支付不低于工资的百分之二百的工资报酬；

（三）法定休假日安排劳动者工作的，支付不低于工资的百分之三百的工资报酬。

本条的“工资”，实行计时工资的用人单位，指的是用人单位规定的其本人的基本工资，其计算方法是：用月基本工资除以月法定工作天数（23.5 天）即得日工资，用日工资除以日工作时间即得小时工资；实行计件工资的用人单位，指的是劳动者在加班加点的工作时间内应得的计件工资。

《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》【劳部发〔1995〕309号】

5 5. 劳动法第四十四条中的“劳动者正常工作时间工资”是指劳动合同规定的劳动者本人所在工作岗位（职位）相对应的工资。鉴定当前劳动合同制度尚处于推进过程中，按上述规定执行确有困难的用人单位，地方或行业劳动部门可在不违反劳动部《关于工资〈支付暂行规定〉有关问题的补充规定》（劳部发〔1995〕226号）文件所确定的总的原则的基础上，制定过渡办法。

6 1. 实行计时工资制的劳动者的日工资，按其本人月工资标准除以平均每月法定工作天数（实行每周40小时工作制的为21.46天，实行每周44小时工作制的为23.33天）进行计算。

《工资支付暂行规定》【劳部发〔1994〕489号】

第十三条用人单位在劳动者完成劳动定额或规定的工作任务后，根据实际需要安排劳动者在法定标准工作时间以外工作的，应按以下标准支付工资：

（一）用人单位依法安排劳动者在日法定标准工作时间以外延长工作时间的，按照不低于劳动合同规定的劳动者本人小时工资标准的150%支付劳动者工资；

（二）用人单位依法安排劳动者在休息日工作，而又不能安排补休的，按照不低于劳动合同规定的劳动者本人日或小时工资标准的200%支付劳动者工资；

（三）用人单位依法安排劳动者在法定休假节日工作的，按照不低于劳动合同规定的劳动者本人日或小时工资标准的300%支付劳动者工资。

劳动部关于印发《对〈工资支付暂行规定〉有关问题的补充规定》的通知【劳部发〔1995〕226号】

一、《规定》第十一条、第十二条、第十三条所称“按劳动合同规定的标准”，系指劳动合同规定的劳动者本人所在的岗位（职位）相对应的工资标准。二、关于加班加点的工资支付问题1。《规定》第十三条第（一）、（二）、（三）款规定的符合法定标准工作时间的制度工时以外延长工作时间及安排休息日和法定休假节日工作应支付的工资，是根据加班加点的多少，以劳动合同确定的正常工作时间工资标准的一定倍数所支付的劳动报酬，即凡是安排劳动者在法定工作日延长工作时间或安排在休息日工作而又不能补休的，均应支付给劳动者不低于劳动合同规定的劳动者本人小时或日工资标准150%、200%的工资；安排在法定休假节日工作的，应另外支付给劳动者不低于劳动合同规定的劳动者本人小时或日工资标准300%的工资。

最高人民法院关于印发〈全国民事审判工作会议纪要〉的通知 -法办【2011】442号

57、劳动者加班工资计算基数应为劳动者应得的工资，包括计时工资或者计件工资以及奖金、津贴、补贴等货币性收入。用人单位与劳动者明确约定奖金、津贴、补贴等项目不作为加班工资计算基数的，从其约定，但约定的正常工作时间工资低于当地最低工资标准的除外。

用人单位与劳动者未书面约定实际支付的工资是否包含加班工资，但用人单位有证据证明已支付的工资包含正常工作时间工资和加班工资的，可以认定用人单位已支付的工资包含加班工资，但折算后正常工作时间工资低于当地最低工资标准或者计件工资的劳动定额明显不合理的除外。

另一种意见：用人单位与劳动者对月工资有约定的，加班工资基数应按双方约定的正常工作时间的月工资确定；如双方对月工资没有约定或约定不明的，应按劳动合同法第十八条规定确定正常工作时间的月工资，并以确定的工资数额作为加班工资的计算基数。如按劳动合同法第十八条规定仍无法确定正常工作时间工资数额的，对加班工资的基数，可按照劳动者实际获得的月收入扣除非常规性奖金、福利性、风险性收入等项目后的正常工作时间的月工资确定。如工资系打包支付，或双方形式上约定的“正常工作时间工资”标准明显不合理，或有证据证明用人单位恶意将本应计入正常工作时间工资的项目归入非常规性奖金、福利性、风险性收入等项目中，以达到减少正常工作时间工资数额计算目的的，可参

考实际收入*70%的标准进行适当调整。按上述原则确定的加班工资基数均不得低于当地月最低工资标准。

地方规定

广东

《关于适用劳动争议调解仲裁法、劳动合同法若干问题的指导意见》粤高法发（2008）13号

第二十七条 用人单位与劳动者虽然未书面约定实际支付的工资是否包含加班工资，但用人单位有证据证明已支付的工资包含正常工作时间工资和加班工资的，可以认定用人单位已支付的工资包含加班工资。但折算后的正常工作时间工资低于当地最低工资标准的除外。第二十八条 劳动者加班工资计算基数为正常工作时间工资。用人单位与劳动者约定奖金、津贴、补贴等项目不属于正常工作时间工资的，从其约定。但约定的正常工作时间工资低于当地最低工资标准的除外。

广东省劳动厅关于《劳动法》实施中需要明确的几个问题的复函【粤劳计函[1995]20号】

二、关于计发加班工资的基数如何确定问题。请按我厅《关于转发劳动部〈工资支付暂行规定〉的通知》（粤劳薪[1994]142号）执行。

《广东省工资支付条例》（实施日期：2005.5.1）

第八条 用人单位与劳动者应当在劳动合同中依法约定正常工作时间工资，约定的工资不得低于所在地政府公布的本年度最低工资标准。

未约定的或者约定不明确的，以用人单位所在地县级人民政府公布的上年度职工月平均工资作为正常工作时间工资；实际支付的工资高于当地政府公布的上年度职工月平均工资的，实际支付的工资视为与劳动者约定的正常工作时间工资。

第五十四条（二）正常工作时间工资，是指劳动者在法定工作时间内提供了正常劳动，用人单位依法应当支付的劳动报酬。正常工作时间工资不包括下列各项：

1. 延长工作时间工资；

2. 中班、夜班、高温、低温、井下、有毒有害等特殊工作环境、条件下的津贴；
3. 法律、法规和国家规定的劳动者福利待遇等。

深圳

《2013年深圳市劳动人事争议疑难问题研讨会纪要》深劳人仲委【2014】1号

十一、用人单位实行包月工资制，但劳动者实际加班时间无法确定，如用人单位能证明包月工资中加班工资计算基数的，以该基数作为未休年休假工资计算基数，且该基数不得低于最低工资标准。否则，以全额包月工资作为未休年休假工资计算基数。

《深圳经济特区和谐劳动关系促进条例》（施行日期：2008年11月1日）

第二十三条劳动者加班工资计算基数为劳动合同约定的正常工作时间工资。劳动合同约定的正常工作时间工资，不得低于市政府公布的特区最低工资标准。

《深圳市工资支付条例》（2019修正）

第四条本条例所称正常工作时间工资，是指员工在正常工作时间内为用人单位提供正常劳动应得的劳动报酬。正常工作时间工资不包括加班工资，中班、夜班、高温、低温、井下、有毒有害等特殊工作条件下的补助以及按照规定不属于工资的其他费用。正常工作时间工资由用人单位和员工按照公平合理、诚实信用的原则在劳动合同中依法约定，约定的正常工作时间工资不得低于市人民政府公布的最低工资标准。第六十一条本条例下列用语的含义：（一）正常工作时间，是指用人单位在法定工作时间内所确定的工作时间；（二）正常劳动，是指员工按照劳动关系双方的约定，在正常工作时间内从事的劳动；

《深圳市中级人民法院关于审理劳动争议案件的裁判指引》【实施日期：2015.09.02】

六十一、用人单位依据《劳动法》第四十四条的规定应向劳动者支付加班工资的，劳动者的加班工资计算基数应为正常工作时间工资；用人单位与劳动者

约定奖金、津贴、补贴等项目不属于正常工作时间工资的，从其约定。但约定的正常工作时间工资低于当地最低工资标准的除外。双方在劳动合同中约定了计发加班工资基数标准或从工资表中可看出计发加班工资基数标准，而用人单位也确实按照该标准计发了劳动者加班工资，并据此制作工资表，该工资表亦经劳动者签名确认的，只要双方的约定不低于最低工资标准，即可认定双方已约定以该计发加班工资基数标准为加班工资的计算基数。用人单位根据此标准计发给劳动者的工资符合法律规定的加班工资计算标准的，应认定用人单位已足额支付了加班工资。

六十二、劳动者与用人单位在签订劳动合同时约定的工资中注明“已包含加班工资”或虽未书面约定实际支付的工资是否包含加班工资，但用人单位有证据证明已支付的工资包含了正常工作时间工资和加班工资的，劳动者的时薪为： $时薪 = 约定工资 \div (21.75 \text{ 天} \times 8 \text{ 小时} + 约定包含在工资中的平时加班时间小时数 \times 150\% + 约定包含在工资中的休息日加班时间小时数 \times 200\% + 约定包含在工资中的法定节假日加班时间小时数 \times 300\%)$ 。按上述方法计算出的劳动者的时薪低于当地最低工资标准的，该约定为无效；劳动者的工资应以最低工资标准为基本工资，超过法定工作时间为加班时间，加班工资以最低工资标准按法律规定标准计算。

六十三、双方约定实行计件工资制，但现有证据无法查明正常工作时间工作定额，根据劳动者的工资、工作时间和法定加班倍数折算出的时薪不低于最低工资标准的，可认定用人单位支付的工资中已包含了加班工资。

《深圳市中级人民法院关于统一劳动争议案件审判标准若干问题的复函》 深中法函[2008]66号

二、关于加班工资计算基数问题

双方在劳动合同中约定了计发加班工资基数标准或在工资表中可以看出计发加班工资基数标准，而用人单位也确实按照该标准计发了劳动者的加班工资，并据此制作工资表，该工资表亦经劳动者签字确认。在此情况下，只要双方的约定不低于最低工资标准，即可认定双方已约定以该计发加班工资基数标准为加班工资的计算基数。如果用人单位根据此标准计发给劳动者的加班工资符合法律规定的加班工资计算标准，则认定用人单位已经全额支付了加班工资。

**《深圳市中级人民法院关于审理劳动争议案件若干问题的指导意见（试行）》
（施行日期：2009年4月15日）**

74、劳动者与用人单位在签订劳动合同时约定的工资中注明“已包含加班工资”、实行“月薪”制或虽未书面约定实际支付的工资是否包含加班工资,但用人单位有证据证明已支付的工资包含正常工作时间工资和加班工资的,劳动者的时薪为:时薪=约定工资÷(21.75天×8小时+约定包含在工资中的平时加班时间小时数×150%+约定包含在工资中的休息日加班时间小时数×200%+约定包含在工资中的法定节假日加班时间小时数×300%)。

如按上述方法计算出的劳动者的时薪低于法定最低工资标准,则该约定为无效。劳动者的工资应以最低工资标准为基本工资,超过法定工作时间为加班时间,加班工资以最低工资标准按法律规定标准计算。

《深圳市中级人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题的座谈纪要》深中法[2006]88号

第二十二条 计发加班工资的有关问题 计算劳动者的加班工资应以《深圳市员工工资支付条例》第四条规定的标准工资为基数。劳动者与用人单位在签订劳动合同时约定的工资中注明“已包含加班工资”或实行“月薪”制的,该约定一般应视为有效。此时,劳动者的基本时薪按下列方法确定: 1、约定工作时间超过法定工作时间在36小时以内的,时薪=约定工资÷(21.75天×8小时+约定超过法定工作时间小时数×150%或200%); 2、约定工作时间超过法定工作时间在36小时以外的,时薪=约定工资÷(21.75天×8小时+36小时×150%或200%); 3、如超过法定工作时间中包含了正常工作日及休息日延长工作时间且无法区分的,则劳动者的超过法定工作时间中可一半按正常工作日延长工作时间标准计算,一半按休息日工作时间的标准计算。劳动者每月约定超过法定工作时间超出36小时部分应当按其基本时薪以法律规定的标准计算加班工资。如按上述方法计算出劳动者的基本工资低于法定最低工资标准,则该约定为无效。劳动者的工资应以最低工资标准为基本工资,超过法定工作时间为加班时间,加班工资以最低工资标准按法律规定标准计算。

北京

北京市劳动和社会保障局北京市高级人民法院《关于劳动争议案件法律适用问题研讨会会议纪要》（北京市高级人民法院民一庭、二〇〇九年八月十七日）

19、对于加班工资的日或小时工资基数的确定，应参照《北京市工资支付规定》第四十四条的规定执行。用人单位与劳动者在劳动合同中约定了工资标准，但同时又约定以本市最低工资标准或低于劳动合同约定的工资标准作为加班工资基数，劳动者主张以劳动合同约定的工资标准作为加班工资基数的，应予支持。

23、用人单位与劳动者虽然未书面约定实际支付的工资是否包含加班工资，但用人单位有证据证明已支付的工资包含正常工作时间工资和加班工资的，可以认定用人单位已支付的工资包含加班工资。但折算后的正常工作时间工资不得低于当地最低工资标准。

《北京市高级人民法院、北京市劳动人事争议仲裁委员会关于审理劳动争议案件适用法律问题的解答》（实施日期：2017年4月24日）

22.如何确定劳动者加班费计算基数？

劳动者加班费计算基数，应当按照法定工作时间内劳动者提供正常劳动应得工资确定，劳动者每月加班费不计到下月加班费计算基数中。具体情况如下：

（1）用人单位与劳动者在劳动合同中约定了加班费计算基数的，以该约定为准；双方同时又约定以本市规定的最低工资标准或低于劳动合同约定的工资标准作为加班费计算基数，劳动者主张以劳动合同约定的工资标准作为加班费计算基数的，应予支持。

（2）劳动者正常提供劳动的情况下，双方实际发放的工资标准高于原约定工资标准的，可以视为双方变更了合同约定的工资标准，以实际发放的工资标准作为计算加班费计算基数。实际发放的工资标准低于合同约定的工资标准，能够认定为双方变更了合同约定的工资标准的，以实际发放的工资标准作为计算加班费的计算基数。

（3）劳动合同没有明确约定工资数额，或者合同约定不明确时，应当以实际发放的工资作为计算基数。用人单位按月直接支付给职工的工资、奖金、津贴、

补贴等都属于实际发放的工资，具体包括国家统计局《〈关于工资总额组成的规定〉若干具体范围的解释》中规定“工资总额”的几个组成部分。加班费计算基数应包括“基本工资”、“岗位津贴”等所有工资项目。不能以“基本工资”、“岗位工资”或“职务工资”单独一项作为计算基数。在以实际发放的工资作为加班费计算基数时，加班费（前月）、伙食补助等应当扣除，不能列入计算基数范围。国家相关部门对工资组成规定有调整的，按调整的规定执行。

（4）劳动者的当月奖金具有“劳动者正常工作时间工资报酬”性质的，属于工资组成部分。劳动者的当月工资与当月奖金发放日期不一致的，应将这两部分合计作为加班费计算基数。用人单位不按月、按季发放的奖金，根据实际情况判断可以不作为加班费计算基数。

（5）在确定职工日平均工资和小时平均工资时，应当按照原劳动和社会保障部《关于职工全年月平均工作时间和工资折算问题的通知》规定，以每月工作时间为 21.75 天和 174 小时进行折算。

（6）实行综合计算工时工作制的用人单位，当综合计算周期为季度或年度时，应将综合周期内的月平均工资作为加班费计算基数。

《北京市工资支付规定》（生效日期： 2007.11.23）

第四十四条根据本规定第十四条计算加班工资的日或者小时工资基数、根据第十九条支付劳动者休假期间工资，以及根据第二十三条第一款支付劳动者产假、计划生育手术假期间工资，应当按照下列原则确定：

（一）按照劳动合同约定的劳动者本人工资标准确定；

（二）劳动合同没有约定的，按照集体合同约定的加班工资基数以及休假期间工资标准确定；

（三）劳动合同、集体合同均未约定的，按照劳动者本人正常劳动应得的工资确定。依照前款确定的加班工资基数以及各种假期工资不得低于本市规定的最低工资标准。

北京市劳动和社会保障局北京市高级人民法院《关于劳动争议案件法律适用问题研讨会会议纪要》（北京市高级人民法院民一庭、二〇〇九年八月十七日）

19、对于加班工资的日或小时工资基数的确定，应参照《北京市工资支付规定》第四十四条的规定执行。用人单位与劳动者在劳动合同中约定了工资标准，但同时又约定以本市最低工资标准或低于劳动合同约定的工资标准作为加班工资基数，劳动者主张以劳动合同约定的工资标准作为加班工资基数的，应予支持。

23、用人单位与劳动者虽然未书面约定实际支付的工资是否包含加班工资，但用人单位有证据证明已支付的工资包含正常工作时间工资和加班工资的，可以认定用人单位已支付的工资包含加班工资。但折算后的正常工作时间工资不得低于当地最低工资标准。

上海

《上海市高级人民法院关于劳动争议若干问题的解答》【2010】34号

二、关于加班工资计算基数如何确定的问题 我们认为，用人单位与劳动者对月工资有约定的，加班工资基数应按双方约定的正常工作时间的月工资来确定；如双方对月工资没有约定或约定不明的，应按《劳动合同法》第18条规定来确定正常工作时间的月工资，并以确定的工资数额作为加班工资的计算基数。如按《劳动合同法》第18条规定仍无法确定正常工作时间工资数额的，对加班工资的基数，可按照劳动者实际获得的月收入扣除非常规性奖金、福利性、风险性等项目后的正常工作时间的月工资确定。如工资系打包支付，或双方形式上约定的“正常工作时间工资”标准明显不合常理，或有证据可以证明用人单位恶意将本应计入正常工作时间工资的项目归入非常规性奖金、福利性、风险性等项目，以达到减少正常工作时间工资数额计算目的的，可参考实际收入*70%的标准进行适当调整。按上述原则确定的加班工资基数均不得低于本市月最低工资标准。

《上海市企业工资支付办法》（施行日期：2016年8月1日）

九、企业安排劳动者加班的，应当按规定支付加班工资。劳动者在依法享受婚假、丧假、探亲假、病假等假期期间，企业应当按规定支付假期工资。

加班工资和假期工资的计算基数为劳动者所在岗位相对应的正常出勤月工资，不包括年终奖，上下班交通补贴、工作餐补贴、住房补贴，中夜班津贴、夏季高温津贴、加班工资等特殊情况下支付的工资。

加班工资和假期工资的计算基数按以下原则确定：

（一）劳动合同对劳动者月工资有明确约定的，按劳动合同约定的劳动者所在岗位相对应的月工资确定；实际履行与劳动合同约定不一致的，按实际履行的劳动者所在岗位相对应的月工资确定。

（二）劳动合同对劳动者月工资未明确约定，集体合同（工资专项集体合同）对岗位相对应的月工资有约定的，按集体合同（工资专项集体合同）约定的与劳动者岗位相对应的月工资确定。

（三）劳动合同、集体合同（工资专项集体合同）对劳动者月工资均无约定的，按劳动者正常出勤月依照本办法第二条规定的工资（不包括加班工资）的70%确定。

加班工资和假期工资的计算基数不得低于本市规定的最低工资标准。法律、法规另有规定的，从其规定。

上海市第一中级人民法院《关于加班工资计算基数的若干意见》（2015）

我们认为，在相关部门出台有关加班工资计算基数的统一规范性意见之前，可暂先参照以下原则确定加班工资计算基数：

一是，以劳动者月正常出勤所得工资作为加班工资计算基数，月正常出勤工资中包含有福利性待遇的，予以相应扣除；

二是，劳动者月正常出勤工资中包含有福利性待遇，但福利性待遇具体数额无法查清的，以月工资的70%作为加班工资计算基数；

三是，劳动者与用人单位在劳动合同中约定加班工资基数的，可以其月正常出勤工资的70%作为判断相关约定是否具备合理性的标准，若明显低于劳动者正常出勤工资的70%的，则可根据案件实际情况予以调整；

四是，依据以上原则确定的加班工资计算基数不得低于本市月最低工资标准，集体合同（工资集体协议）亦有约定的，取高者确定加班工资计算基数。

《上海市劳动保障局关于加班工资计发基数的公告》（生效日期：2004.10.18）

一、假期工资的计算基数按以下原则确定：

1、劳动合同有约定的，按不低于劳动合同约定的劳动者本人所在岗位（职位）相对应的工资标准确定。集体合同（工资集体协议）确定的标准高于劳动合同约定标准的，按集体合同（工资集体协议）标准确定。

2、劳动合同、集体合同均未约定的，可由用人单位与职工代表通过工资集体协商确定，协商结果应签订工资集体协议。

3、用人单位与劳动者无任何约定的，假期工资的计算基数统一按劳动者本人所在岗位（职位）正常出勤的月工资的70%确定。按以上原则计算的假期工资基数均不得低于本市规定的最低工资标准。法律、法规另有规定的，从其规定。

江苏

江苏省高院、劳动仲裁委《关于审理劳动争议案件的指导意见一》【苏高法审委[2009]47号】

第二十三条 用人单位实际支付劳动者的工资未明确区分正常工作时间工资和加班工资，但用人单位有证据证明已支付的工资包含正常工作时间工资和加班工资的，可以认定用人单位已支付的工资包含加班工资。但折算后的正常工作时间工资低于当地最低工资标准或者计件工资中的劳动定额明显不合理的除外。

第二十五条 劳动者与用人单位就工资、加班工资等劳动报酬的计算、支付达成结算协议，不违反法律、行政法规的强制性规定的，应认定有效，但有证据证明在协议签订时存在欺诈、胁迫、重大误解、显失公平或乘人之危等违背当事人真实意思表示的情形除外。劳动者与用人单位双方在结算协议中约定结清的费用列有工资或劳动报酬，但未列明是否包含加班工资，如果确有证据证明用人单位未支付加班工资，劳动者请求支付的，应予支持。

江苏省高级人民法院劳动争议案件审理指南（生效日期：2010.05.17）

（二）加班工资的计算基数问题

1、加班工资的计算基数按照《江苏省工资支付条例》第64条的规定执行

（1）用人单位与劳动者约定了加班工资的计算基数的，从其约定；（2）双方的约定标准低于集体合同或本单位工资支付制度标准，或者低于当地最低工资标准的，按照其中最高的标准执行；（3）双方没有约定加班工资计算基数的，如果集体合同或者本单位工资支付制度中有规定，则按其执行；（4）在用人单位与劳动者无任何工资约定的情形下，应根据劳动者主张权利或劳动关系结束前12个月工资（低于最低工资标准以最低工资标准计算）计算月平均工资作为计算该劳动者加班工资的基数，劳动者实际工作时间不满十二个月的按照实际月平均工资计算。

2、劳动者月平均工资的认定 在用人单位与劳动者未约定加班工资计算基数的情形下，应当以该劳动者的月平均工资为计算加班工资的算基数。月平均工资是指劳动者在法定工作时间内提供正常劳动后应得的月工资收入，不包括用人单位可自行决定给付的福利以及非工资性补贴（如上下班交通补贴、洗理卫生费福利、托儿补助费、计划生育补贴、冬季取暖补贴、防暑降温费等）。关于提成或奖金是否纳入加班工资的基数，需要审查双方约定的提成或奖金是否建立在固定时间内，如果没有明确在固定工作时间内，应当不纳入加班工资的计算基数；如果是建立在固定时间内的，则应纳入加班工资的计算基数，以避免用人单位以提成或奖金的名义来减少加班工资的给付数额。

《江苏省工资支付条例》施行日期：2010年11月1日

第六十四条 本条例第二十条用于计算劳动者加班加点工资的标准，第二十四条、第二十八条、第二十九条、第三十条用于计算劳动者提供正常劳动支付月工资的标准，第二十六条用于计算不予支付月工资的标准应当按照下列原则确定：

（一）用人单位与劳动者双方有约定的，从其约定

（二）双方没有约定的，或者双方的约定标准低于集体合同或者本单位工资支付制度标准的，按照集体合同或者本单位工资支付制度执行

（三）前两项无法确定工资标准的，按照劳动者前十二个月平均工资计算，其中劳动者实际工作时间不满十二个月的按照实际月平均工资计算。

天津

《天津市工资支付规定》施行日期：2004年1月1日

第十七条 计算加班工资的基数不得低于劳动者所在岗位应得的工资报酬；若低于本市最低工资标准，则以本市最低工资标准作为基数。

国家机关、事业组织、社会团体的加班工资基数以本人基本工资为基数。

关于印发天津市贯彻落实《劳动合同法》若干问题规定的通知【津人社局发（2013）24号】

第八条 用人单位应当与劳动者在劳动合同中对劳动报酬进行明确约定，并以约定的劳动报酬作为计算加班工资基数；劳动者应得工资高于约定的劳动报酬的，以应得工资作为计算加班工资基数。

上述应得工资在作为计算加班工资基数时，应当扣除加班工资的数额。

辽宁

《辽宁省工资支付规定》施行日期：2006年10月1日

第二十二条 计算加班工资的日或者小时工资基数和休假期间的工资，应当按照劳动合同中约定的劳动者本人工资标准确定；劳动合同没有约定的，按照集体合同约定的加班工资基数以及休假期间工资标准确定；

劳动合同、集体合同均未约定的，按照劳动者本人正常工作应得的工资确定。

依照前款规定确定的加班工资基数以及假期工资，不得低于当地最低工资标准。

江西

《江西省工资支付规定》施行日期：2007年7月1日

第三条本规定所称工资，是指用人单位依据国家有关规定或者劳动合同的约定，以货币形式直接支付给劳动者的劳动报酬，包括：计时工资、计件工资、奖金、津贴和补贴、年薪、延长工作时间的工资报酬以及其他特殊情况下支付的工资报酬等。

第十一条用人单位与劳动者签订的劳动合同，应当明确约定工资支付的形式、标准、周期、日期等主要内容。工资支付内容不得违反本单位工资支付制度，其中工资标准不得低于省人民政府发布的当地最低工资标准；用人单位依法与工会或者职工方代表签订了工资集体协议的，工资标准还不得低于工资集体协议规定的最低标准。

第十八条用人单位依法安排劳动者在法定工作时间以外工作的，应当按照下列标准向劳动者支付加班工资：

（一）在工作日延长工作时间的，按照不低于劳动者本人小时工资的百分之一百五十支付；

（二）在休息日工作，又不能在一个工资支付周期之内安排补休的，按照不低于劳动者本人日或者小时工资的百分之二百支付；

（三）在法定节假日工作的，按照不低于劳动者本人日或者小时工资的百分之三百支付。

法定工作时间、延长工作时间及延长工作时间不受限制的情形，按照《中华人民共和国劳动法》有关规定执行。

安徽

《安徽省工资支付规定》施行日期：2007年1月1日

第十六条用人单位安排劳动者加班或者延长工作时间，应当按照下列标准支付劳动者加班或者延长工作时间的工资报酬：

（一）工作日安排劳动者延长工作时间的，支付不低于劳动者本人小时工资的 150% 的工资报酬；

（二）休息日安排劳动者工作又不能安排补休的，支付不低于劳动者本人日工资或者小时工资的 200% 的工资报酬；

（三）法定节假日安排劳动者工作的，支付不低于劳动者本人日工资或者小时工资的 300% 的工资报酬。

安徽省高级人民法院《关于审理劳动争议案件若干问题的指导意见》（生效日期：2015.01.20）

第十条 劳动者主张加班费的，人民法院应按照劳动者正常劳动情形下的收入确定加班费的计算基数。但用人单位可自行决定给付的福利除外。

陕西

《陕西省企业工资支付条例》施行日期：2004 年 10 月 1 日

第十四条 用人单位安排劳动者在法定工作时间以外工作的，应当按照下列标准支付劳动者加班工资：

（一）工作日延长工作时间的，按照不低于劳动者本人工资的 150% 支付加班工资；

（二）休息日工作不能安排同等时间补休的，按照不低于劳动者本人工资的 200% 支付加班工资；

（三）法定节假日工作的，按照不低于劳动者本人工资的 300% 支付加班工资。

湖南

《湖南省工资支付监督管理办法》施行日期：2004 年 1 月 1 日

第十五条 用人单位根据实际需要安排劳动者在法定标准工作时间以外工作的，应当按照以下标准支付工资：

（一）安排劳动者在日法定标准工作时间以外延长工作时间的，按照不低于劳动合同规定的劳动者本人小时工资标准的 150% 支付工资；

（二）安排劳动者在休息日工作，而又不能安排补休的，按照不低于劳动合同规定的劳动者本人日或者小时工资标准的 200% 支付工资；

（三）安排劳动者在法定休假日工作的，应按照不低于劳动合同规定的劳动者本人日或者小时工资标准的 300% 支付工资，并不得以补休替代支付工资。

内蒙古

《内蒙古自治区劳动者工资保障规定》施行日期：2007 年 7 月 1 日

第十五条用人单位依法安排劳动者在法定标准工作时间以外工作的，应当按照下列标准支付劳动者工资：

（一）在日法定标准工作时间以外延长工作时间的，按照不低于劳动合同规定的劳动者本人小时工资基数的 150% 支付工资；

（二）在休息日工作的，应当安排其同等时间的补休，不能安排补休的，按照不低于劳动合同规定的劳动者本人日或者小时工资基数的 200% 支付工资；

（三）在法定休假日工作的，按照不低于劳动合同规定的劳动者本人日或者小时工资基数的 300% 支付工资。

河北

《河北省工资支付规定》施行日期：2003 年 2 月 1 日

第十三条用人单位安排劳动者在法定节假日、公休日或者法定标准工作时间以外延长工作时间的，按照以下标准支付工资：

（一）法定标准工作时以外延长工作时间的，按照劳动合同约定的不低于本人小时工资标准的百分之一百五十支付；

（二）在公休日工作的，可按同等时间补休；未能补休的，按照劳动合同约定的本人日工资标准的百分之二百支付；

（三）在法定节假日工作的，按照劳动合同约定的本人日工资标准的百分之三百支付。实行计件工资标准的，在完成计件定额任务后延长工作时间的，分别按照本人法定工作时间计件单价的百分之一百五十、百分之二百、百分之三百支付。

未明确劳动者工资标准的，以本人当月实发工资总额作为支付加班或者延长工作时间工资的计算标准。

山东

《山东省企业工资支付规定》施行日期：2006年9月1日

第二十五条根据本规定第二十条计算加班工资的工资基数和第二十四条第一款计算劳动者休假工资基数，应当按照劳动者上一月份提供正常劳动所得实际工资扣除该月加班工资后的数额确定。劳动者上一月份没有提供正常劳动的，按照向前顺推至其提供正常劳动月份所得实际工资扣除该月加班工资后的数额确定。

广西

《广西壮族自治区工资支付暂行规定》施行日期：2004年1月1日

第十五条 用人单位依法安排劳动者在法定休假日、休息日加班或者法定标准工作时间以外延长工作时间的，以集体合同、劳动合同约定的工资为基数，按照以下标准支付工资：

（一）在法定标准工作时间以外延长工作时间的，按照不低于劳动者本人小时工资标准的百分之一百五十支付；

（二）在休息日工作的，可按同等时间补休；未能补休的，按照劳动者本人日工资标准的百分之二百支付；

（三）在法定节假日工作的，每日按照劳动者本人日工资标准的百分之三百支付。

实行计件工资的，在完成计件定额任务后用人单位安排延长工作时间的，分别按照劳动者本人法定工作时间计件单价的百分之一百五十、百分之二百、百分之三百支付。

集体合同、劳动合同未约定劳动者工资标准的，以劳动者本人上一个月提供正常劳动的情况下用人单位应发工资总额作为支付加班或延长工作时间工资的计算标准。

厦门

《厦门市企业工资支付条例》施行日期：2005年5月1日

第十六条加班工资的计算基数不得低于劳动合同中约定的本人工资标准。法律、法规另有规定的，从其规定。

贵阳

《贵阳市企业工资支付办法》施行日期：2005年3月1日

第十八条 劳动者的日加班工资标准，按约定的月加班工资支付计算标准除以当月法定工作日或国家规定的平均每月工作日 20.92 天折算，小时加班工资标准按日加班工资标准除以 8 小时折算。未约定月加班工资支付标准的，按企业正常生产情况下劳动者本人加班前 12 个月（不足 12 个月的按实际月份计算）的月平均工资的 80% 折算。支付的日或小时加班工资标准不得低于按当地最低工资标准折算的标准。

浙江

浙江省劳动争议仲裁委员会《关于劳动争议案件处理若干问题的指导意见（试行）》（生效日期：2009年8月21日）

38.加班工资和依据《劳动合同法》第八十二条规定加付的一倍工资的计算以职工所在的岗位（职位）相对应的标准工资为基数。

前款标准工资难以确定的，按以下方式确定计算基数：

(1)劳动合同有约定的，按劳动合同约定的工资为基数；

(2)劳动合同没有约定的，实行岗位技能工资制的单位，以职工本人的岗位工资与技能工资之和为基数；

(3)岗位、技能工资难以确定的，以上月职工正常工作情况下的工资为基数，同时应扣除绩效、奖金和物价补贴；难以区分工资、奖金、物贴等项目的，以职工上月实得工资的70%为基数。

上述计发基数低于当地最低工资标准的，按当地最低工资标准为计发基数。

浙江省高级人民法院民事审判第一庭、浙江省劳动人事争议仲裁院关于印发《关于审理劳动争议案件若干问题的解答（五）》的通知【浙高法民一[2019]1号】

七、加班工资和依据《劳动合同法》第八十二条规定加付的一倍工资的计算基数如何认定？

答：加班工资和依据《劳动合同法》第八十二条规定加付的一倍工资的计算基数按《关于劳动争议案件处理若干问题的指导意见（试行）》（浙仲〔2009〕2号）第三十八条规定执行。

马鞍山市

《马鞍山市关于审理劳动人事争议案件若干问题的意见》【马劳人仲【2016】1号】

23、劳动者加班工资的计算基数为正常工作时间工资，一般以劳动合同中约定的工资标准为准。用人单位、劳动者约定加班工资基数的，从其约定。约定不明或实际发放的工资高于劳动合同约定工资的，以实际发放的工资为准。约定的

正常时间工资、加班工资基数、实际发放的工资低于本地区法定最低工资标准的，按最低工资标准计算。

湖北

湖北省人力资源和社会保障厅《关于审理劳动争议案件若干问题处理意见》 【鄂人社发（2009）35号】

七、关于加班工资计发标准

（十二）加班工资计发标准以劳动合同中约定的工资标准为计发基数；劳动合同没有约定的，以用人单位规章制度规定的该岗位或工种的工资标准为计发基数；规章制度没有规定的，以提请仲裁前该劳动者12个月实际发放（剔除加班工资后）的月平均工资标准为计发基数，实际发放的月平均工资低于当地最低工资标准的，以当地最低工资标准为计发基数。

《湖北省高级人民法院民事审判工作座谈会会议纪要》（2013年9月）

25、关于加班工资的计算基数，实践中，区分情况处理：

（1）用人单位与劳动者已在劳动合同中明确约定了加班工资计算基数，且该计算基数并不低于当地最低工资标准的，可按照双方约定计算加班工资；

（2）劳动合同中未对加班工资的计算方式进行明确约定，但用人单位在其内部规章制度中对加班工资进行明确规定，若该规章制度经过合法程序制定并已向劳动者公示，且该工资基数并不低于当地最低工资标准的，可以按照该规章制度的规定计算加班工资；

（3）在既没有劳动合同约定，也没有单位内部规章制度的规定的情况下，可以根据劳动者前12个月正常工作时间的平均工资计算，包括正常工作时间内的计时工资或者正常工作时间内的计件工资以及奖金、津贴和补贴等货币性收入。如果前12个月正常工作时间的平均工资低于当地最低工资标准的，则以当地最低工资标准为计算基数。

十堰市

《十堰市中级人民法院关于审理劳动争议案件若干问题纪要》【十中法[2009]104号】

76、劳动者加班工资计算基数为正常工作时间工资。用人单位与劳动者约定奖金、津贴、补贴等项目不属于正常工作时间工资的，从其约定。但约定的正常工作时间工资低于当地最低工资标准的除外。

重庆

重庆市高级人民法院印发《关于审理劳动争议案件若干问题的指导意见》的通知（渝高法发[2009]4号）

第八条 用人单位与劳动者虽然未书面约定实际支付的工资是否包含加班工资，但用人单位有证据证明已支付的工资包含法定工作时间工资和加班工资的，可以认定用人单位已支付的工资包含加班工资。但折算后的工资标准低于当地最低工资标准的除外。

《重庆市六部门劳动争议案件适用法律问题专题座谈会纪要（二）》（2017.9.11）

四、劳动合同中“加班费包干”条款的效力认定问题

劳动者请求用人单位向其支付加班费的，应当根据《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（三）》第九条之规定，就加班事实的存在承担举证证明责任。

用人单位以劳动合同中存在的“加班费包干”条款，即劳动合同中已约定用人单位向劳动者支付的劳动报酬中已包含加班费进行抗辩的，用人单位仍应对其已支付的劳动报酬中正常工作时间的工资标准以及已足额支付加班费的事实承担举证证明责任。用人单位已支付的劳动报酬中正常工作时间的工资标准不得低于最低工资标准。

重庆市律协劳动与社会保障业务委员会关于《劳动争议案件实务技能研讨》会议纪要（2010）

四、劳动合同履行中的操作实务

1.若《劳动合同》对工资支付、加班工资的约定被认定为无效时的应对策略问题。参会人员经讨论后，一致认为根据劳动部《关于实施最低工资保障制度的通知》等相关规定，用人单位与劳动者在《劳动合同》中的工资约定应不低于当地最低工资标准，且应具备明确的工资组成项目及基本工资数额，另外，用人单位与劳动者还可在《劳动合同》中对加班工资的计算基数进行特别约定。

《重庆市劳动和社会保障局关于企业职工加班加点工资计算基数等有关问题的通知》（渝劳社办发[2006]124号）

关于企业职工加班加点工资计算基数和婚假、丧假、探亲假、年休假期间的工资支付标准，劳动合同有约定的，从其约定；劳动合同没有约定的，按照集体合同约定的标准确定；用人单位与劳动者无约定的，按照该劳动者加班加点发生前或休假前12个月的平均工资确定，其中劳动者在该用人单位实际工作时间不满12个月的，按照实际月平均工资确定；用人单位与劳动者未约定工资支付标准，也未实际发放工资的，按该用人单位相同岗位人员同期平均工资确定。

重庆市高法院民一庭《关于九龙坡区法院劳动争议案件适用法律问题研讨会综述》（2014年7月30日）

十二、劳动者和用人单位在劳动合同中约定，以基本工资或法定最低工资作为加班工资的计算基数，该约定是否有效？

一致意见认为，加班工资应当高于劳动者正常工作时间的工资。劳动者和用人单位在劳动合同中约定“以基本工资或法定最低工资作为加班工资计算基数”的，如果劳动者实际所得的加班工资高于劳动者正常工作时间的工资的，该约定有效。

南京

南京市中级人民法院 南京市劳动争议仲裁委员会《关于加班工资纠纷审理的若干法律适用意见》【宁中法（2009）213号】

三、加班工资的计算基数问题

第六条用人单位与劳动者约定加班工资的计算基数的，从其约定，但该约定的基数不得低于当地最低工资标准。如果劳动合同未约定加班工资的计算基数，仅约定了劳动者的工资不低于用人单位所在地最低工资标准，而且集体劳动合同也没有约定或者没有集体劳动合同，则应当按照劳动者前十二个月平均工资计算，其中劳动者实际工作时间不满十二个月的按照实际月平均工资计算，但不能低于用人单位所在地最低工资标准。

第七条劳动者加班工资计算基数为正常工作时间工资。用人单位与劳动者约定奖金、津贴、补贴等项目不属于正常工作时间工资的，从其约定，但约定的正常工作时间工资低于当地最低工资标准的除外。

第八条如双方对加班工资基数无约定，则非按月发放的一次性奖金、津贴等收入不宜列入计算加班工资的工资基数。

宁夏

宁夏银川中院、市人力资源和社会保障局、市司法局、市总工会《关于处理劳动争议案件若干问题的指导意见》（银人社发[2009]154号）

第二十条 劳动者与用人单位对有无支付加班工资的事实发生争议的，应由用人单位对其已经支付加班工资的事实负举证责任。用人单位已支付的工资具有以下情形的，可认定其中不包含加班工资：

- （一）折算后的正常工作时间工资低于当地最低工资标准的；
- （二）计件工资有劳动定额且定额明显不合理的。

武汉

武汉市中级人民法院关于印发《关于审理劳动争议案件若干问题纪要》的通知【武中法[2008]第87号】

32、加班工资应以标准工资为计发基数，一般以劳动合同中约定的工资标准为准。实际发放的工资高于约定的，以实际发放的标准为准；约定并实际发放的工资低于当地最低工资标准的，以当地最低工资标准为准。职工福利等一般不计入标准工资。

四川

四川省高级人民法院民事审判第一庭关于印发《关于审理劳动争议案件若干疑难问题的解答》的通知【川高法民一（2016）1号】

29.《劳动合同法》中规定的经济补偿金及二倍工资计算基数按照劳动者正常工作状态下十二个月的应得工资计算，即未扣除社会保险费、税费等之前的当月工资总额，但不应包括：（一）加班工资；（二）非常规性奖金、津补贴、福利。

35.用人单位与劳动者在劳动合同中约定了加班费计算基数的，从其约定；劳动合同没有约定的，按照集体合同约定的加班工资基数确定；劳动合同、集体合同均未约定的，按照本意见第29条确定。

依照前款确定的加班工资基数不得低于当地规定的最低工资标准。

佛山

佛山市中级人民法院、佛山市劳动仲裁委员会《关于审理劳动争议案件若干问题的指导意见》施行日期：2011年2月25日

第三十八条加班工资的计算基数为劳动者正常工作时间的工资，正常工作时间的工资以双方约定为准。劳动者与用人单位就正常工作时间的工资数额约定不明且无法查清的，以当地最低工资标准作的正常工作时间的工资标准。

合肥

合肥市中级人民法院、合肥市劳动人事争议仲裁委员会关于印发《审理劳动人事争议案件若干问题规范指引》的通知【合中法办（2018）81号】

32. 劳动者主张加班工资的，人民法院和劳动人事争议仲裁委员会应按照其正常劳动情形下的收入确定加班费的计算基数，但用人单位可自行决定给付的福利除外。

广州

广州市中级人民法院关于审理劳动争议案件的参考意见》（2009年）

第六条 双方当事人约定加班工资基数的，按照约定处理；劳动合同没有约定加班工资计算基数但约定标准工资的，按劳动合同约定的标准工资作为加班工资计算基数；

劳动合同没有约定标准工资但实发工资列明工资构成的，可按实发工资中标准（基本）工资作为加班工资的计算基数，其中不得将加班工资重复算入加班工资计算基数内，且加班工资的计算基数不得低于当地最低工资标准。

劳动合同既没有约定标准工资且实发工资中未明确具体工资构成的，如双方当事人对此长期未提出异议，可以参照当地同行业工资收入水平和双方当事人劳动惯例确定加班工资计算基数，但该加班工资计算基数不得低于当地最低工资标准。

吉林

吉林省高级人民法院关于审理劳动争议案件法律适用问题的解答（二）（发布时间：2019-08-15）

9. 加班时间及加班费计算基数如何确定？

（2）计算加班工资，双方合同中对工资有约定的，按不低于合同约定的劳动者本人在岗时间对应的工资为基数计算；双方合同中没有约定的，按劳动者对应工作时间的实得工资为基数计算，但应扣除用人单位已经支付的加班费。

作者简介：段海宇，现担任广东瀛尊律师事务所劳动法律服务中心主任和股权法律服务中心副主任，瀛和律师机构劳专委副主任。著有《人力资源全流程法

《劳动法实务精要》（第二辑）——第十届深圳市律师协会劳动与社会保障法律专业委员会

律风险管理手册》《人力资源法律风险管控操作实务》《人力成本法律管控一本通》等著作。

未提前通知就不辞则别的员工，如何合法合规处理？

林乐军，广东华途律师事务所

在企业的离职管理中，HR 经常会遇到一些未提前三十天通知就溜之大吉的员工。有些人是“急辞工”，有些甚至是不辞而别。

工作没交接好导致项目进度停滞、“急辞工”带来人员短缺……没提前打招呼的辞职带给同事和 HR 的痛，是不言而喻的。这对于企业管理人员和老板来说，也得皱眉头。

毕竟，工作交接上的被动，不仅会给企业的经营管理带来不少麻烦，更可能导致成本的上升甚至损失发生。

法律规定

我们先来看下法律上的对劳动者正常辞职如何进行规定。《劳动合同法》第三十七条规定：劳动者提前三十日以书面形式通知用人单位，可以解除劳动合同。劳动者在试用期内提前三日通知用人单位，可以解除劳动合同。

细心的朋友会发现这里有几个关键词：提前三十日、书面形式、试用期内提前三日。

但管理中，遇上“不按常理出牌”的劳动者，有时既未用“书面形式”，更没有“提前三十日”，我们该怎么办？

翻看法条，对于上述未按律规定提出辞职的情形，只有《劳动合同法》第九十条对此有进一步规定：劳动者违反本法规定解除劳动合同，或者违反劳动合同中约定的保密义务或者竞业限制，给用人单位造成损失的，应当承担赔偿责任。

根据该条，我们可得出一个逻辑推演：劳动者“未提前三十日、未以书面形式”通知用人单位辞职，均系违反《劳动合同法》第三十七条，属于“违反本法解除劳动合同”的行为。据此“给用人单位造成损失的”，劳动者应当承担赔偿责任。

但别以为就是找到了解决问题的尚方宝剑，这时离解决问题还有不小的距离。

除了某些特殊领域的特殊岗位外，比如航空公司飞行员、航海公司船长、金融国企高级管理人员等管制领域，即使劳动者辞职未用“书面方式”，司法实践中很难因此认定劳动者要承担何种后果或法律责任。

甚至，劳动者“未提前三十日”通知的，司法实务中的多数情况，也难以要求劳动者承担赔偿责任。关键的原因在于“给用人单位造成损失”，这个“损失”如何进行举证？

损失核清

劳动者“未提前三十日”通知单位解除劳动合同的，或者不辞而别的，会导致企业受到何种损失，我们可从一些常见的例子进行梳理与思考：

- 员工未按法律规定的时间提出辞职，导致单位人手不够，需临时调配其他员工进行加班的，该“加班费”是否是该员工导致的企业损失？
- 员工未按法律规定的时间提出辞职，企业需花高代价向猎头、招聘公司进行临时招聘，该额外花销的成本是否属于损失？
- 员工不辞而别，企业为寻找员工花销的费用，能否要求其赔偿？
- 如有约定服务期的员工，企业可要求其支付相应的违约金；
- 其他直接经济损失：如员工属于重要岗位，未提前通知离职，直接导致企业生产经营的损失，如：停工、交易失败，或者导致项目不能按时完成，导致违约带来的损失；或因劳动者未提前通知、未完成交接工作而直接离开，导致单位来不及采取措施导致的扩大损失等。

这些点上，企业至少能说出一些“劳动者未提前通知离职，导致企业损失”的理由。

但实务中，另外一个难点是：上述损失能否量化？如何进行损失的量化？量化的损失用何种载体形式予以体现？

这需要有经验的管理者，结合公司不同岗位员工的实际情况，评估其突然离开造成的公司可能损失，并在外部专家的指导下予以完成。

如何应对

面对劳动者急辞工或不辞而别，很多管理人员想出不同“招数”来应对，但是其中的很多“招数”通常情况下都是法律禁止，如：

✓ 通过扣工资的手段，逼迫劳动者配合办理手续。但对于离职工资问题，法律明确在劳动关系解除后，企业应在法定周期内结算完毕，否则构成拖欠或克扣工资并应承担相应法律后果。

✓ 试图暂扣社保关系。但现在多数城市的做法是，劳动者可通过新用人单位直接调走，无须经过原单位的同意。

✓ 通过扣押人事档案、延期办理相应资格转移手续等方式延长劳动者的离职周期。但《劳动合同法》对于企业扣押档案或其他物品进行严格的限制并对违反企业进行行政处罚。

✓ 不开具离职证明。但《劳动合同法》仍然对于企业有同等限制和处罚。

上述招数，我们不难看出，企业与员工陷入了一种怪圈：用“违法行为”来积极或消极的对抗另外一种“违法行为”。双方出现争执，均要投入精力与金钱来处理，往往易造成双输的局面。

想从根本上解决这个问题，企业应建立、健全离职管理流程。同时，也应从自身反思，是否站在离职员工的立场，为其简化了一些不必要的步骤；在了解员工离职原因的同时，是否对确有困难的人员体现出关怀与体谅。

HR 在有规可循、合法合规的同时，要快速便捷、合情合理地处理员工离职，你做到了吗？

严重违反规章制度的裁判标准认定与探讨

陈伟，北京市炜衡（深圳）律师事务所

在劳动争议中，用人单位辞退劳动者有一个比较常用的理由，即“严重违反用人单位的规章制度”。用人单位认为，只要适用这一理由，加之有相关的法律依据，那么用人单位的辞退行为，就属于依法解除劳动合同，无需支付经济补偿金或者赔偿金了。

那么，何为“严重违反规章制度”？严重程度的认定标准是什么？违反规章制度的合法性和合理性如何进行界定？如何正确理解和适用“严重违反规章制度”，并进而认定是否属于违法解除劳动合同？由于《劳动法》和《劳动合同法》均对何为“严重违反规章制度”作出进一步细化规定，导致司法实践中，对如何正确理解和适用“严重违反规章制度”存在千差万别，并直接影响到案件事实的认定，并决定了案件的成败。

为帮助大家准确界定《劳动合同法》第三十九条所规定的“严重违反规章制度”的立法宗旨和原意，引用此条法律规定正确处理劳资纠纷，笔者作为一名律师及劳动仲裁员，结合实务经验，予以分析和论证。

先来看一下法律规定的原文规定。

《劳动法》第二十五条规定：“劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同：……（二）严重违反劳动纪律或者用人单位规章制度的；……”《劳动合同法》第三十九条规定：“劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同：……（二）严重违反用人单位的规章制度的；……”毫无疑问，两部法律规定均规定了劳动者在“严重违反用人单位规章制度”的情况下，用人单位可以解除劳动合同，因属于依法解除，故免除了用人单位违法解除的赔偿责任。所不同的地方在于，《劳动法》多了一个“严重违反劳动纪律”，换言之，如果劳动者确实存在严重违反“劳动纪律”的行为，用人单位要辞退劳动者，只能依据《劳动法》，而不能依据《劳动合同法》，否则存在违法辞退的风险。

以“严重违反规章制度”为由解除劳动合同，应当同时具备三个条件，如下：

一、规章制度必须依法制定。根据《劳动合同法》第四条第二款规定，“用人单位在制定、修改或者决定有关劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利、职工培训、劳动纪律以及劳动定额管理等直接涉及劳动者切身利益的规章制度或者重大事项时，应当经职工代表大会或者全体职工讨论，提出方案和意见，与工会或者职工代表平等协商确定。”第四条第四款同时又规定“用人单位应当将直接涉及劳动者切身利益的规章制度和重大事项决定公示，或者告知劳动者。”

即直接涉及到劳动者切身利益的规章制度，比如解除劳动合同的规定，“应当经职工代表大会或者全体职工讨论，提出方案和意见，与工会或者职工代表平等协商确定”，同时还要“公示，或者告知劳动者”。

实务中部分律师认为，规章制度尽管有员工签名，但是“未经职工代表大会或者全体职工讨论”，故属于无效制度。由此引申出一个问题，在制定时缺少民主程序，存在一定瑕疵的规章制度，该如何认定其效力？

对此，实务中有两种不同的观点。

第一种观点认为，尽管规章制度未经职工代表大会或者全体职工讨论”，但是已告知劳动者，故仍符合法定程序。

如广东省高院和广东省劳动仲裁委员会，比如在《广东省高级人民法院、广东省劳动争议仲裁委员会关于适用〈劳动争议调解仲裁法〉、〈劳动合同法〉若干问题的指导意见》第二十条就规定“《劳动合同法》实施后，用人单位制定、修改直接涉及劳动者切身利益的规章制度或者重大事项时，未经过《劳动合同法》第四条第二款规定的民主程序的，原则上不能作为用人单位用工管理的依据。但规章制度或者重大事项的内容未违反法律、行政法规及政策规定，不存在明显不合理的情形，并已向劳动者公示或告知，劳动者没有异议的，可以作为劳动仲裁和人民法院裁判的依据。”

第二种观点认为，用人单位的规章制度没有经过民主制定程序，将不予以适用。

如《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》（一）第十九条明确规定，用人单位根据《劳动法》第四条之规定，通过民主程序制定的规章制度，不违反国家法律法规及政策规定，并已经向劳动者公示的，可以劳动争议案件的依据。也就是说，如果用人单位的规章制度没有经过民主制定程序，将不予以适用。

何为《劳动法》第二十五条、《劳动合同法》第三十九条中的“依法制定”？原劳动部《关于〈中华人民共和国劳动法〉若干条文的说明》第四条规定，“依法”应当作广义理解，指所有的法律、法规和规章，包括宪法、法律、行政法规、地方法规，民族自治地方，还要依据该地方的自治条例和单行条例，以及关于劳动方面的行政规章。

二、违反规章制度的行为必须达到严重的程序。

何为“严重违反规章制度”？达到什么程度才能认定为“严重违反”？法律没有作出进一步的规定，对此，用人单位拥有很大的自主经营权，同时也存在一定的法律风险。

举例说明，对于连续旷工三天，如果用人单位的规章制度并没有规定“连续旷工属于严重违反规章制度的行为”，在此情况下，用人单位辞退员工，仍存在被认定为违法辞退的风险。还比如员工辱骂公司管理领导，如果用人单位没有将此行为界定为严重违反规章制度的行为，用人单位以此为由辞退员工，仍存在其辞退行为被认定为违法辞退的风险。

当然，这里还有一个严重违反规章制度的合理性问题，我下面还会讲到。

三、解除劳动合同通知的程序应当合法。如成立了工会的用人单位，还应当告知工会。

《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（四）》第十二条规定：“建立了工会组织的用人单位解除劳动合同符合劳动合同法第三十

九条、第四十条规定，但未按照劳动合同法第四十三条规定事先通知工会，劳动者以用人单位违法解除劳动合同为由请求用人单位支付赔偿金的，人民法院应予支持，……”。

换言之，即便双方均确认规章制度均没有问题，也确认劳动者的行为属于严重违反规章制度的行为，在工会组织的情况下，没有告知工会，此行为仍属于违法辞退。

解决规章制度的合法性之后，是否只要用人单位规定了“属于严重违反规章制度”的行为，就必然属于《劳动合同法》第三十九条所规定的“严重违反规章制度”的行为而可以解除劳动合同无需支付赔偿金或者经济补偿金呢？

当然不是的，在司法实践中，仲裁员及审判员有权对规章制度规定情形的合法性及合理性进行双重审查。用人单位制定的规章制度，尽管具备合法性原则，包括程序、制定过程均合法，仲裁机构、审判机构仍有权对其合理性进行审查。

在深圳市中级人民法院于2014年03月24日就沃尔玛深国投百货有限公司深圳新安罗田分店、沃尔玛深国投资百货有限公司与郑旭枝劳动合同纠纷上诉案，作出的（2013）深中法劳终字第5434号《民事判决书》中，用人单位的《员工购物规定》规定“员工在购物时若出现上述规定购买商品范围或违反上述购买行为规范的即视为不诚实行为，将受到相应的纪律处分，最高可导致解聘。”后用人单位以员工上班期间购买药物，构成不诚实行为为由，辞退员工，员工提起诉讼，一审法院认为“解除劳动关系是用人单位对员工最严厉的处罚措施之一，郑旭枝违规购买商品属实，但其并不存在经教育后仍不改正的情形，其行为根据上述规章制度也不足以达到解雇的严重程度”，故认定构成违法辞退。

深圳中院认为，“《中华人民共和国劳动合同法》第三十九条规定的用人单位单方解除劳动合同情形属于法定事由，对于严重违反规章制度的认定，不仅是违反用人单位规章制度严重程度的事实问题，也是是否属于严重违反规章制度的法律解释和适用问题。上诉人的规章制度中，对于劳动者违反规章制度的后果存在不一致的规定，同样的违反规章制度行为既存在根据程度予以分别处理或处分直至严重者可解除劳动合同的规定，也存在直接视为严重违反规章制度可解除劳动合同的规定。用人单位规章制度自行作出的严重违反规章制度的规定，效力并

不等同于《中华人民共和国劳动合同法》第三十九条关于严重违反用人单位规章制度的规定。”基于此分析，深圳中院认为公司方的辞退行为，并非正当行使用人单位权利的行为，近而认定构成违法辞退。

在上述判例中，法官的观点非常清晰，即用人单位规章制度自行作出的严重违反规章制度的规定，其效力并不等同于《中华人民共和国劳动合同法》第三十九条关于严重违反用人单位规章制度的规定，法院有权根据案件实际情况，判定规章制度是否合理。结合案件事实，法院实质上否定了“不诚实”行为可辞退员工的一刀切做法，而是提出关于严重违反规章制度的认定，应当慎重考虑是否属于严重违反规章制度的法律解释和适用问题。也就是说，即使用人单位将某一类行为界定为“严重违反规章制度的行为”，法院仍将对其合理性进行审查，并做出最终的裁决认定。

因此，为了同时解决以“严重违反规章制度”为由解除劳动合同带来的不确定因素的风险，笔者建议用人单位在注意相关规章制度合法性，即内容合法、过程合法的情况下，还应当更多地关注一个合理性的问题，只有一个规章制度达到了一定的、高度概然的合理性，才有作为一个处理和衡量员工关系、协调员工纠纷的依据，而不是一味地以用人单位单方面的规定，就直接套用《劳动法》第二十五条、《劳动合同法》第三十九条之规定，予以处理，否则将导致用人单位的利益受损，也不利于劳资纠纷的解决。

关于如何才能达到合理性，则需要根据行业特点、企业自身实际情况、量化要求、证据固定等多个角度去综合认定，这就需要用人单位规范管理、防止用工处理方面的单一和片面，必要时应当固定相关证据材料，以还原纠纷事实，使用人单位关于“严重违反规章制度”的规定更加具体、明确、合法，并与立法原意与宗旨达到高度一致。

严重违反规章制度解雇事由的合理性研究

王强，广东德纳律师事务所

一、引言

依据《劳动合同法》第三十九条第（二）款规定，劳动者严重违反用人单位规章制度的，用人单位可以解除劳动合同。这条规定又称为“过失性辞退”，即：劳动者存在过错，并严重违反了用人单位的规章制度，用人单位可解除劳动合同而无须支付任何补偿，这是用人单位用工自主权的重要体现。用人单位在使用此条款解除劳动合同时，需要同时满足三个条件：一是，用人单位制定有规章制度，且规章制度中有明确规定，哪些具体行为属于严重违纪行为；二是，用人单位的规章制度有经过民主制定程序，并已告知和送达给劳动者。三是，用人单位规章制度中有关严重违纪行为的规定，应当具有合法性与合理性。

但是，由于上述条款赋予了用人单位单方解除权，这是一种严厉的、带有很强惩罚性的行为。为了防止用人单位滥用解除权，随意与劳动者解除劳动合同，以保护劳动者的劳动权。在司法实务中，劳动仲裁机构和司法机关在审查用人单位的解除行为的合法性时，不仅要审查用人单位规章制度的制定和送达程序是否合法，审查规章制度的有关违纪处罚的条款是否合法，审查劳动者是否有违纪事实，而且，还要审查规章制度中有关违纪行为的规定是否具有合理性。

然而，有关严重违纪行为规定的合理性问题，现行的劳动法律、法规并无明确的界定和规范。在司法审判中，主要是依据仲裁员和法官的自由裁量权予以确定，这使得在严重违纪辞退员工的劳动纠纷中，常常因为用人单位的规章制度存在合理性问题，而被认定为违法辞退。本文通过相关裁判案例和企业管理实务，对规章制度所规范的违纪行为的内涵和外延进行归纳、梳理，为用人单位合理合法的制定规章制度提出一些思路和建议。

二、严重违纪行为的种类

《劳动合同法》第四条规定，用人单位应当依法建立和完善劳动规章制度，保障劳动者享有劳动权利、履行劳动义务。用人单位在制定、修改或者决定有关

劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利、职工培训、劳动纪律以及劳动定额管理等直接涉及劳动者切身利益的规章制度或者重大事项时，应当经职工代表大会或者全体职工讨论，提出方案和意见，与工会或者职工代表平等协商确定。

虽然上述规定并未直接给出“规章制度”的明确定义，但从内容来讲，已经通过列举的方式对规章制度的涵义进行了界定。但是，有关其中“劳动纪律”的内涵和外延并未做出明确的规范。依据《劳动合同法》第三十九条第（二）款的规定，用人单位是**有权**根据自身经营管理的需要制定本**单位**劳动纪律的。需要注意的是，由于“劳动纪律”是为了保障用人单位组织劳动过程、进行劳动管理为目的，劳动纪律与惩戒事由应遵守**职务限定性原则**，以劳动者的义务为中心，结合用人单位的生产经营特点加以细化和具体化，因此，惩戒事由的确定应当遵循“义务-纪律-惩戒”的逻辑顺序。

（一）在实务中，用人单位普遍规定的严重违纪行为

在用人单位的经营管理实务中，普遍有将以下的行为规范为严重违纪行为，我们做一个归类 and 梳理：

1、违反劳动给付义务的行为。如：劳动者不遵守上下班考勤纪律，连续旷工3天以上，不服从上级的工作安排，工作严重懈怠，上班时间干私活等行为。

2、违反忠实、诚信义务的行为。如：劳动者存在盗窃、侵占、挪用或贪污公司财物的行为，伪造或谎报出勤记录的行为，提供虚假的个人信息、证件或材料的行为，参与集体怠工的行为，在工作时间和工作岗位辱骂同事、打架或赌博等行为。

3、违反注意义务的行为。如：因劳动者的过失给用人单位造成重大损失或严重影响等行为。

4、违反竞业限制义务的行为。如：劳动者在职期间从事与本单位存在竞争关系的业务等行为。

5、违反保密义务的行为。如：劳动者泄露或擅自使用用人单位商业秘密等行为。

在司法实践中，用人单位将上述行为规定为严重违纪行为，并据此解除劳动合同的，如果规章制度的制定和送达程序合法，而且，有充足有效的证据予以佐证，那么，用人单位的解除行为一般会获得仲裁机构和司法机关的认可。

【案例 1】周某诉深圳某物业公司劳动合同纠纷案⁸

周某于 2013 年 1 月 5 日入职深圳某物业管理公司，担任保安员工作。2014 年 9 月 15 日，公司以周某“在保安员工作岗位中，多次违反公司管理制度，与同事、班长打架，值班睡觉、不履行职责，玩忽职守。2014 年 9 月 4 日晚班再次被发现值班时睡觉”，决定从 2014 年 9 月 15 日起与周某解除劳动合同。公司《员工手册》记载“在工作时间擅自离岗、睡觉、旷工、打架、不服从工作安排等严重违纪者，给予考核扣分、书面严重警告、再培训教育。连续旷工 3 天以上或累计 3 次以上严重违纪者，解除劳动合同处理。”

法院认为，周某已确认员工手册的真实性，公司提交的员工奖惩审批表有周某的签名，周某确认两次与同事打架的事实，根据司法鉴定检验报告书检验结果显示 2014 年 9 月 5 日 7 时 02 分周某在办公场所睡觉。公司依据员工手册以周某累计三次严重违纪为由解除双方的劳动关系，符合法律规定，属于合法解除，周某诉请公司支付违法解除劳动合同赔偿金，缺乏依据，法院不予支持。

（二）用人单位能否将劳动者非工作时间、非工作岗位的行为规定为严重违纪行为。

在用人单位的经营管理中，有些用人单位除了会将前述列举的行为规定为严重违纪的行为以外，还常常会干涉到员工的私生活，比如：将劳动者的恋爱、婚育、在工作场所外打架、斗殴或赌博等行为，也规定为严重违纪行为。这种做法是否具有规章制度的合理性，在司法实践中尚存在一定的争议。

【案例 2】张某诉京隆公司劳动合同纠纷案⁹

⁸ 广东省深圳市福田区人民法院（2015）深福法民四初字第 107 号

⁹ 《中华人民共和国最高人民法院公报》2014 年第 7 期（总第 213 期）

张某于2007年11月5日进入京隆公司工作，于2007年12月26日与京隆公司签订劳动合同，期限自2007年12月26日起至2010年12月6日止，约定张某从事设备维护工程师工作，月工资为2542元。2009年4月13日上午10点左右，张某乘坐牌照为苏E8D891的车辆前往京隆公司宿舍区。2009年4月20日，京隆公司向张某发出离职通知单，以张某乘坐非法营运车辆为由与张某解除劳动合同。另外，双方确认两个事实：1、被告京隆公司于2008年9月8日召开职工代表大会，通过“不允许乘坐黑车，违者以开除论处”的决议；2、2009年4月13日当天，张某休假。之后，张某以京隆公司违法解除劳动合同为理由，要求京隆公司支付违法解除劳动合同的经济赔偿金7800元。

法院认为，用人单位的规章制度是用人单位制定的组织劳动过程和进行劳动管理的规则和制度，也称为企业内部劳动规则。规章制度既要符合法律、法规的规定，也要合理。京隆公司有权通过制定规章制度进行正常生产经营活动的管理，但劳动者在劳动过程以及劳动管理范畴以外的行为，用人单位适宜进行倡导性规定，对遵守规定的员工可给予奖励，但不宜进行禁止性规定，更不能对违反此规定的员工进行惩罚。京隆公司以乘坐非法营运车辆存在潜在工伤危险为由，规定员工不允许乘坐黑车，违者开除，该规定已超出企业内部劳动规则范畴，且乘坐非法营运车辆行为应由行政机关依据法律或法规进行管理，用人单位无权对该行为进行处理。该公司以张某乘坐非法营运车辆为由解除劳动合同违反劳动合同法的规定，损害了劳动者的合法权益，依法应当向张某支付赔偿金，张某要求京隆公司支付赔偿金7800元，未超过法律规定的赔偿金范围，法院予以支持。

【案例3】李某诉某电子公司劳动合同纠纷案¹⁰

李某于2002年3月12日入职某电子公司，离职前担任采购部副课长。2013年5月18日晚，李某在某广场殴打其妻子和案外人程某，致使两人受伤。公安局于次日对李某的违法行为处以行政拘留7日（从2013年5月19日至26日）及罚款300元的行政处罚。李某委托其同事于2013年5月20日以“家中有急事处理”为由向公司提交请假单申请有薪假，请假时间从2013年5月20日至24日。其主管负责人在请假单上批注：“请假理由不充分，不批准”。李某5月20日至24日因被行政拘留未上班。

¹⁰ 广东省广州市中级人民法院（2015）穗中法民一终字第4001号

同年6月6日，公司向李某发出《解除劳动合同通知》，以李某打架斗殴、被公安机关行政拘留以及5月20日至24日旷工5天的行为严重违反公司规章制度为由，决定于2013年6月6日解除与李某的劳动合同。李某申请仲裁，要求公司支付违法解除劳动合同赔偿金。

公司制定的《员工手册》第36条“处分”中36.2.4点规定：“有下列行为之一的属严重违反公司规章制度，给予解除劳动合同：……（4）年度内旷工累计超过2天……（16）打架斗殴、酗酒、赌博影响极坏的……（32）触犯国家法律法规，被司法机关处以罚金，拘留，劳教及其他刑事处罚的”。

法院认为，李某在非工作场所及非工作时间与他人打架斗殴，属于违反《治安管理处罚法》的应受处罚行为，虽然一般情况下不会影响被告基于双方劳动关系产生的预期利益。但是《劳动法》和《劳动合同法》均规定了用人单位有依法建立和完善劳动规章制度的权利和义务，李某有权结合自身企业文化和生产经营特点在不违反法律、法规及政策规定的情况下制定规章制度。

该制度内容既是用人单位开展用工管理的准则，也是劳动者进行自我约束的行为规范。有关内容的制定属于用人单位的用工管理自主权范畴，在不违反法律法规的强制性规定或者不存在显著不合理情形的前提下，即使其内容并不直接与工作相关，也属于用人单位对于所雇请劳动者行为的合理要求，劳动者应予遵守。《员工手册》规定的打架斗殴和被司法机关拘留的行为均属于扰乱社会公共秩序的行为，理应作出否定评价，公司将上述内容规定为严重违反规章制度的行为并不违法或者存在明显不合理情形，因此可以作为处理双方劳动争议的依据。最终，法院对李某要求公司支付赔偿金的诉求不予支持。

【案例4】赵某诉某电子公司劳动合同纠纷案¹¹

赵某于2013年6月18日进入某电子公司工作，担任技术助理工程师。2016年4月4日清明节放假期间，赵某在非工作时间、非工作地点与同事因赌博被行政拘留。2016年4月8日，赵某接到公司解除劳动合同通知书，公司以赵某烂赌输钱，造成厂内极大不良影响，并因此与其他员工发生冲突，违反公司奖惩管

¹¹ 江苏省昆山市人民法院（2016）苏0583民初10123号

理办法 3.5.13 规定为由，解除与赵某之间的劳动合同关系。赵某不服，要求公司支付违法解除劳动合同的赔偿金 3 万元。

赵某对 2016 年 4 月 4 日赌博事实认可，对于被公安机关处以 10 天拘留的事实认可，但认为赌博是在放假期间，地点也是非工作地点。公司认为，公司奖惩管理办法规定，有触犯国家法律法规或治安管理条例，而被追究刑事责任的或被拘留（如赌博、偷窃、打架斗殴、违规驾驶造成伤人等），该规定不以特定时间或地点违纪为要件。

法院认为，赵某虽在放假期间赌博，但其具有一定的特殊性：（1）据赵某诉状陈述，参与赌博的均为公司员工，这易导致形成不良风气，且远离赌博、杜绝赌博为社会共识；（2）因赵某参与赌博被行政拘留达 10 日之久无法上班，客观上给公司正常生产秩序造成一定影响。公司根据规章制度解除劳动合同并无不当，赵某主张公司支付违法解除劳动合同赔偿金 3 万元的请求，法院不予支持。

从上述三个案例可以看到，对于非工作时间和非工作岗位上的行为，能否被规范为严重违纪行为，存在很多的分歧。但是，我们通过针对这些案例的分析研究，归纳出以下两点，建议用人单位可以考虑作为衡量规范“严重违纪行为”是否具有合理性的指标和参照：

1、以劳动者义务为中心

严重违纪解除权是衍生于劳动合同关系的一种企业自治权，由此可明晰其以指引劳动者正确履行劳动义务，从而维护劳动关系良性发展、用人单位经营有序运行为最终目的，因此，应当强调职务限定性原则，惩戒解雇事由应当以劳动者义务为中心，不能随意扩充范围，对劳动者工作时间以外的行为不能任意干涉。

如上述案例 2 所述，张某乘坐黑车的行为发生之日正值其休息之日，劳动者有权利支配自己的行为，公司不能以生产经营期间的规章制度来约束员工休息期间的行为。单位职工乘坐何种交通工具上班是职工的私人事务，用人单位无权作出强制规定，如果劳动者确有违法之处，也应由国家行政机关等有权机关进行处罚。

因此，劳动者在工作时间以外的行为，在未与用人单位的经营发生利益冲突、影响工作的情形下，用人单位不能妄加惩戒。用人单位对于劳动过程以及劳动管理范畴以外的劳动者行为宜作出倡导性规定而非禁止性规定，规章制度作为加强内部劳动管理、稳定协调劳动关系的管理工具，不应无限放大至超越劳动管理范畴。

2、对用人单位造成实质性不利影响的行为可作为惩戒对象

如果仅规定惩戒解雇事由以劳动者义务为中心，而将惩戒范围严格限定在工作时间内，则不利于用人单位的经营管理，将使惩戒解雇规则陷入僵化。特别是在当今互联网时代，信息传播的速度之快、覆盖面之广决定了劳动者言行的影响力之大。当劳动者工作时间以外的行为表面看似与工作无关，但如果对用人单位造成了实质性的不利影响时，此时为维护企业生产秩序的需要，相关行为可成为惩戒的对象。

如上述案例 3、案例 4 所述，劳动者在非工作时间、非工作岗位上实施的打架、赌博行为，以及因此被拘留的事实，如果在客观上给用人单位的正常生产经营秩序造成了一定的负面影响，那么，可以认为劳动者的不良行为已超出了合理的边界。而且，也应视为劳动者对用人单位忠诚义务的违反。在这种情况下，对劳动者进行惩戒解雇就具有一定的合理性和必要性。

关于三期女职工解雇保护的若干问题

冼武杰，广东华途律师事务所

一、什么是三期女职工的解雇保护？

案例 1:

盛墨兰于 2015 年 1 月 1 日入职永昌公司，从事销售工作。

2016 年 12 月，盛墨兰怀孕并告知公司。因盛墨兰怀孕后不能劳累，所以减少了跑客户，导致其连续几个月均未能完成销售业绩。公司遂对盛墨兰予以培训。培训后，盛墨兰仍不能完成销售业绩。

2017 年 5 月 20 日，永昌公司以盛墨兰不胜任工作，经过培训后，仍不胜任工作为由解雇了盛墨兰。

法条链接:

《劳动合同法》

第四十条 有下列情形之一的，用人单位提前三十日以书面形式通知劳动者本人或者额外支付劳动者一个月工资后，可以解除劳动合同：（二）劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作的；

第四十二条 劳动者有下列情形之一的，用人单位不得依照本法第四十条、第四十一条的规定解除劳动合同：（四）女职工在孕期、产期、哺乳期的；

评析:

虽然按照《劳动合同法》第四十条第（二）项规定，盛墨兰不胜任工作，经过培训后，仍不胜任工作的，公司有权解雇，但因为盛墨兰在三期内，其享有解雇保护，故按照《劳动合同法》第四十二条第（四）项规定，公司不得解雇盛墨兰。

案例 2:

朱曼娘于2015年1月1日入职宁远公司，从事销售工作。

2016年12月，朱曼娘怀孕并告知公司。怀孕后，朱曼娘因身体不好，经常请病假。

2017年5月20日，公司注意到，朱曼娘提交的病假条存在着连号情况，遂去医院核查后发现，朱曼娘提交的病假条是虚假的。根据公司的规定，虚假病假属于严重违反公司规章制度的行为，公司有权解雇。

宁远公司遂解雇了朱曼娘，朱曼娘不依不饶，说三期女职工法律有特殊保护，公司不得随意解雇。

法条链接：

《劳动合同法》

第三十九条 劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同：

- （一）在试用期间被证明不符合录用条件的；
- （二）严重违反用人单位的规章制度的；

评析：

虽然朱曼娘是三期女职工，享有法律规定的解雇特殊保护，但该特殊保护，仅限于单位不能进行非过错性解雇（第四十条）和经济性裁员（第四十一条）。除此之外，法律就不再进行解雇特殊保护了。故单位可以跟三期女职工协商一致解除劳动合同（第三十六条），也可以对三期女职工予以过错性解雇（第三十九条）。案例中，因朱曼娘存在着虚假病假的行为，已严重违反公司规章制度，故公司解雇朱曼娘，属于合法解雇。

案例 3：

盛华兰于2015年1月1日入职忠勤公司，双方签订了3年期限的劳动合同（2015年1月1日至2017年12月31日）。

2017年12月31日，劳动合同期满，公司与盛华兰终止劳动合同。

2018年1月5日，盛华兰感觉身体不适，去医院检查，发现自己已怀孕1个多月。

2018年1月6日，盛华兰找到公司人事部经理袁氏，出示医院证明，说明在职时自己已经怀孕的事实，要求恢复劳动关系。

袁氏表示：盛华兰在劳动合同终止前未告知公司，其已经怀孕的事实。如果告知的话，公司是不会终止的，现在双方劳动关系已经终止，无法恢复。

2018年1月8日，盛华兰申请劳动仲裁，要求恢复劳动关系，继续履行劳动合同。

法条链接：

《劳动合同法》

第四十四条 有下列情形之一的，劳动合同终止：（一）劳动合同期满的；

第四十五条 劳动合同期满，有本法第四十二条规定情形之一的，劳动合同应当续延至相应的情形消失时终止。

评析：

按照法律规定，女职工在三期之内，劳动合同期满的，劳动合同是不能到期终止，要延续至三期情形消失时才能终止。

虽然公司与盛华兰在终止劳动合同时不知道盛华兰已经怀孕的事实，但盛华兰确实是在劳动合同期限内就已经怀孕的。

由于女职工在受孕后都有一个待发现的过程，从客观受孕到主观上认识已经怀孕，本身就有一个时间过程。因此，公司以盛华兰在劳动合同终止前未告知其已经怀孕的事实来进行抗辩不应得到支持。故公司的终止是违法的。盛华兰要求恢复劳动关系，继续履行劳动合同应予以支持。

案例 4:

盛如兰于 2015 年 1 月 1 日入职文府公司，双方签订了 3 年期限的劳动合同（2015 年 1 月 1 日至 2017 年 12 月 31 日）。

2016 年 12 月 26 日，文府公司因经营困难决定提前解散，并与盛如兰终止了劳动合同

2017 年 1 月 5 日，盛如兰觉身体不适，去医院检查，发现自己已怀孕 1 个多月。

2017 年 1 月 6 日，盛如兰找到公司人事部经理文氏，出示医院证明，说明在职时自己已经怀孕的事实，要求恢复劳动关系。

文氏表示：公司已经解散了，无法恢复双方的劳动关系。

2017 年 1 月 8 日，盛如兰申请劳动仲裁，要求恢复劳动关系，继续履行劳动合同。

法条链接:

《劳动合同法》

第四十四条 有下列情形之一的，劳动合同终止：（五）用人单位被吊销营业执照、责令关闭、撤销或者用人单位决定提前解散的；

评析:

虽然盛如兰是三期女职工，但三期女职工法定的不能终止情形，仅限于合同到期这一情形（要延续至三期情形消失时），除此之外，法律就不再予以保护了。所以，公司决定提前解散的，当然可以依法跟员工终止劳动合同，三期女职工也不例外。故盛如兰要求恢复劳动关系，不应支持。

提出新的问题:

单位因为提前解散等法定事由依法终止了与三期女职工的劳动合同，是否需要支付三期女职工的工资待遇至三期情形消失时止？

解答：

单位支付工资待遇的前提条件是单位跟三期女职工之间存在着劳动关系，既然因为提前解散等法定事由，单位依法终止了与三期女职工的劳动合同，则因双方不存在着支付工资的前提条件（存在劳动关系），单位当然无需支付三期女职工的后续工资待遇。

总结：

三期女职工的解雇保护（此处的解雇是一个大的概念，含解除和终止），仅限于三种情况：**1、单位不能非过错性解雇（第四十条）；2、不能经济性裁员（第四十一条）；3、不能合同到期终止（第四十五条）**，除此之外，对三期女职工，就不再进行特殊的解雇保护了。

所以，女职工在三期之内，确实需要单位和社会的特殊关怀，但这并不是三期女职工免于解雇的尚方宝剑。三期女职工仍然需要遵守单位的规章制度，而不能随意地违反单位的规定，否则，一旦构成严重违反单位规章制度或者严重违反劳动纪律的，单位同样可以随时通知三期女职工解除劳动合同，而无需支付任何经济补偿。

用人单位主张员工赔偿经济损失的问题解析

凌超，广东卓建律师事务所

【关键词】

员工；过错；赔偿损失

【前言】

笔者在为企业提供顾问服务时，常被老板或 HR 问及在员工因过错给企业造成经济损失时能否要求员工赔偿损失以及承担多少、如何承担等问题。鉴于此问题具有较强的典型性和代表性，笔者谨以两则案例为切入点，剖析用人单位要求员工赔偿损失的正确做法。

【案例一】（2017）粤 03 民终 9727、9757 号

曾某系深圳某经销部的货车司机，负责为经销部送货，月工资 5500 元。双方签订有劳动合同，其中约定曾某应遵守国家及地方法律、行政法规。2015 年至 2016 年 8 月期间，曾某先后违章 10 次，其中 2016 年 5 月在同一路段连续违章 7 次，因违章被扣 21 分，导致经销部被罚款 12850 元。2016 年 8 月，经销部从曾某 7 月份工资中扣除了 3657 元抵做罚款赔偿。2016 年 9 月底，经销部因曾某给其造成了重大经济损失且不再胜任司机职务为由解除了与曾某的劳动关系，事后未支付其 9 月份工资。曾某不服申请劳动仲裁，要求经销部返还被扣的 7 月份工资、支付 9 月份工资并支付违法解除劳动合同的赔偿金。经销部则另案提起诉讼，要求曾某赔偿经济损失 9193 元。

【裁判结果】

本案经仲裁、一审、二审审理后，认定曾某已严重违反交通法规，构成严重违反劳动纪律，经销部解除与其的劳动合同合法。至于交通罚款，该损失系因曾某多次严重的违法驾驶行为直接导致，依法应由曾某全部承担，故判定经销部无需返还曾某 7 月份工资，曾某还需赔偿经销部损失 9193 元。

【案例二】（2018）粤 0303 民初 10515、10804 号

孔某系深圳某珠宝检验公司的检验员，月工资为 3500 元。2017 年 11 月，其在测金环节中将客户送检的含金量 999.9‰ 的 331 件黄金标错为含金量 999‰，公司方收取客户检验费 1000 多元。后客户向该公司进行投诉，公司方赔偿客户损失 10000 元。2018 年 1 月，珠宝检验公司向孔某发出赔偿决定书及解除通知书，要求孔某赔偿损失 10000 元，并以其工作中造成重大失误，给公司造成重大经济损失为由解除与其的劳动合同。

孔某不服，申请劳动仲裁，要求撤销珠宝检验公司的违法解除决定，并支付违法解除赔偿金 10408.08 元等。珠宝检验公司提起仲裁反申请，要求孔某赔偿直接损失 10000 元，业务及商誉损失 10 万元。

【裁判结果】

孔某赔偿珠宝检验公司 6000 元。

【律师点评】

实践中，因劳动者过错造成用人单位经济损失的情况并不鲜见，大多发生于工厂的生产、检验环节及商场、超市的盘点环节，甚至还有因货款不能回收，公司要求员工承担损失的。由此引发的劳动争议案件也较多，不过大多以用人单位败诉收场，上述两则案例是笔者搜集的为数不多的用人单位胜诉的代表案例。

问题一：用人单位能否要求员工赔偿损失

劳动者与用人单位并非平等的民事主体，要回答用人单位能否要求员工赔偿损失这一问题，首先是取决于法律对此有无明文规定。

1、原劳动部《工资支付暂行规定》第十六条规定：因劳动者本人原因给用人单位造成经济损失的，用人单位可按照**劳动合同的约定**要求其赔偿经济损失。经济损失的赔偿，可从劳动者本人的工资中扣除。但每月扣除的部分不得超过劳动者当月工资的 20%。若扣除后的剩余工资部分低于当地月最低工资标准，则按最低工资标准支付。

2、《广东省工资支付条例》第十五条规定，因劳动者过错造成用人单位直接经济损失，依法应当承担赔偿责任的，用人单位可以从其工资中扣除赔偿费，但应当**提前书面告知扣除原因及数额，未书面告知的不得扣除。**

3、《深圳市员工工资支付条例》第三十四条规定，用人单位可以从员工工资中扣减下列费用：（一）员工赔偿因本人原因造成用人单位经济损失的费用；（二）用人单位按照依法制定的规章制度对员工进行的违纪经济处罚；（三）经员工本人同意的其他费用。用人单位每月扣减前款第（一）、（二）项费用后的员工工资余额不得低于最低工资。

小结：上述规定既有部门规章，也有地方性法规，三者的位阶及规定内容不完全一致，但大抵上是认可因劳动者本人原因造成用人单位经济损失的，用人单位有权要求劳动者承担。这就为用人单位在员工因自身过错造成其损失时要求员工赔偿提供了法律依据。

问题二：员工承担赔偿责任的构成要件

如上所述，劳动关系的双方主体并不平等，所以不能适用《民法总则》或者《侵权责任法》等民事法律。根据前文提及的法律规定，员工承担赔偿责任本质上是一种违约责任，而不是侵权责任。因此，员工是否应赔偿用人单位损失，必须同时满足如下四个条件：

1、员工与用人单位方有明确约定

也就是说用人单位要求员工承担赔偿责任的前提是双方在劳动合同中对赔偿经济损失有明确的约定，如果没有约定，那么用人单位无权要求员工赔偿。当然，此处的约定，既包括劳动合同，也包括规章制度、集体协商成果等书面文件。

2、用人单位存在直接经济损失

无损失自然无赔偿，但此处的损失仅限于直接经济损失，不包括商誉损失、业务机会丧失损失及其他的经营损失。

3、员工具有过错

无过错自然不存在赔偿，这里的过错仅指员工在履行职责过错中存在故意或者重大过失等失职行为。

4、员工的过错与用人单位的损失之间具有直接的因果关系

虽然员工有过错，但员工的过错并不是造成用人单位损失的直接原因的，员工自然也无需承担赔偿责任。比如用人单位正常的经营风险、超市货品过期变质、自然损耗亦或被盗等，因为这些后果并不是由员工直接导致，亦非员工可直接控制。

问题三：员工承担赔偿责任的比例及方式

1、影响赔偿责任的因素

鉴于员工与用人单位天然的不平等，因此，在用人单位向劳动者主张经济损失的情况下，应当遵循公平合理的原则，综合考量劳动者在履行职责过程中的过错程度、失职行为与损失之间是否有因果关系、劳动者实际的劳动收入、用人单位有无监管上的过失等因素。

2、判例解析

具体到本案而言，案例一中，曾某作为专职司机，其深悉交通法律法规，劳动合同中对此已有规定，但其短期内发生大量违章行为，扣除分数高达 21 分。姑且不论其是否能够重获驾照，单就给经销部造成的损失而言，该交警部门所出的罚款即是经销部的全部损失，该损失均是因曾某的违章行为引起，并无其他原因，经销部对此没有过错。所以，曾某依法应负担全部违章罚款。

案例二则有所不同，孔某担任的是检验员，身负测试黄金含金量比例之责，案例中因其疏忽大意将批量的黄金错贴了含金量比例标签，导致公司向客户赔偿了 10000 元，也丧失了继续合作的交易机会。虽然双方在劳动合同中并没有约定赔偿损失的条款，但规章制度中对此有明确的规定，孔某也签收确认。所以公司方可以依据规章制度要求孔某赔偿损失。至于赔偿比例，考虑到珠宝检验公司的经营范围就是对委托人的金属制品进行检测，以测定金属构成，金属含量，孔某虽然存在过错，但一方面该过错可以通过其他环节加以监督，公司方存在一定责

任；另一方面，孔某的收入较低，承受能力有限。所以，仲裁委及一审法院对该案作出上述判决。

【结论及建议】

根据前文述及的法律规定及分析，在员工因自身过错造成用人单位经济损失的情况下，在深圳市而言，可以得出如下结论：

一、用人单位有权要求劳动者赔偿损失

劳动者在提供劳动的过程中，如果因为自身过错，违反用人单位的规章制度或者劳动合同约定，导致用人单位受有损失的，用人单位有权要求其赔偿损失。

二、赔偿责任确定标准

劳动关系中，在抵抗风险方面，用人单位与劳动者相比具有天然的优势，用人单位在从事经营的过程中，自身也应承担一部分的经营风险。在损失较大时，不宜由劳动者承担全部损失，用人单位自身也应承担部分损失。至于具体承担比例，应当遵循公平合理的原则，综合考量劳动者在履行职责过程中的过错程度、失职行为与损失之间是否有因果关系、劳动者实际的劳动收入、用人单位有无监管上的过失等因素。实践中，法院一般酌定员工承担直接损失的10%-60%。

三、赔偿款可从工资中扣除

根据前述法律规定，用人单位要求员工赔偿损失的，可以从员工工资中扣减，但扣减后的工资数额不得低于最低工资标准。涉及金额较大的，应当逐月扣取，以保障员工基本生活。

四、扣除前，应书面告知员工扣除数额及依据

无论是根据《广东省工资支付条例》第十五条之规定，还是依据合理性要求，用人单位要求员工赔偿损失的，应当在扣除前以书面形式告知员工方扣除依据及扣除方案，此乃程序性必备要求，不可偏废。

凡事预则立，不预则废。每一个胜诉案例的背后，不在于律师的专业能力有多强，经验有多丰富，而在于事先预防体系的构建和完备。作为用人单位，如要求员工赔偿经济损失的，建议从以下几个方面努力并完善：

- 1、事前：与员工就损失赔偿问题在劳动合同、规章制度中明确约定或规定；
- 2、事中：及时搜集、保留证据；

前文已述及何种情况下用人单位可要求员工承担责任，对于损失是否由员工造成，员工是否有过错，用人单位必然有足够的判断。一旦出现此类情形，用人单位应及时固定证据，包括损失大小、员工过错程度等。损失方面，必须是直接损失，可以提供采购合同、发票、支付凭证等；至于员工过错程度，可以通过要求员工书写事情经过、书面检讨或询问笔录等方式固定。

- 3、事后：及时处理。

不仅包括及时调查清楚事实真相，也包括及时书面告知员工方处理结果，如赔偿方案，是否解除劳动合同等。任何权利的行使都是存在有效期的，就题述问题而言，虽然法律并未规定有效期的长短，但理应是相对合理的期限，笔者建议这一期限最好是在损失发生后的 1-3 个月内。

作者简介：凌超，执业八年，现任广东卓建律师事务所劳动法律专业委员会副主任、第十届深圳市律师协会劳动与社会保障专业委员会委员

专业领域：企业用工筹划及风险防范、企业裁员/解聘方案设计、劳动争议、合同纠纷等民商事诉讼代理。

论“客观情况发生重大变化”裁判意见的转变

周旻，广东联建律师事务所

摘要：

在界定“客观情况发生重大变化”时，对于因技术创新、经营类业务外包、产业转型等原因所导致的公司人员裁减，裁判意见发生了重大转变。从前期做出的限制性解释，将“客观情况发生重大变化”仅限于因外部客观因素引发的变故导致双方劳动合同无法履行，到后期认定标准逐渐宽松，承认企业在市场竞争形势下采取的自救改革行为，并且从社会发展角度鼓励企业进行科技创新。上述转变过程体现了裁判机关对企业变革需求的尊重，也更加符合市场经济运行的客观规律。

关键词：

客观情况发生重大变化、裁判意见转变、限制性解释、开放性解释、历史解释、目的解释、市场经济、科技创新

正文：

一、问题的提出

如何认定“客观情况发生重大变化”是个难题

我国《劳动合同法》第四十条第三款¹²、《关于〈劳动法〉若干条文的说明》（以下简称“条文说明”）第二十六条¹³赋予了用人单位在客观情况发生重大变

¹² 《劳动合同法》第四十条 有下列情形之一的，用人单位提前三十日以书面形式通知劳动者本人或者额外支付劳动者一个月工资后，可以解除劳动合同：

（一）劳动者患病或者非因工负伤，在规定的医疗期满后不能从事原工作，也不能从事由用人单位另行安排的工作的；

（二）劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作的；

（三）劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行，经用人单位与劳动者协商，未能就变更劳动合同内容达成协议的。

¹³ 《关于〈劳动法〉若干条文的说明》第二十六条 有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同，但是应当提前三十日以书面形式通知劳动者本人：

（一）劳动者患病或者非因工负伤，医疗期满后，不能从事原工作也不能从事由用人单位另行安排的工作的；

（二）劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作的；

（三）劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使原劳动合同无法履行，经当事人协商不能就

化，无法履行原劳动合同的情况下解除劳动合同的权利。相较于经济性裁员、与员工协商一致解除劳动合同而言，企业因客观情况发生重大变化而进行裁员，程序较为简便，且补偿金数额受法定标准的限制，而在实践中成为多数企业解除劳动合同的高频理由。

但在实务操作中，如何认定“客观情况发生重大变化”依然是个难题，且随着时代变迁，有关于此的裁判意见也在不断转变。从前期严苛的认定标准，将引发原因仅限于外部客观因素，到后期认定标准逐渐宽松，承认了市场经济的竞争性，给予了企业更多的自主用工管理权。本文的第二部分将通过案例展现裁判机关针对该问题观点上的转变过程。

二、裁判意见的转变

（一）前期：对“客观情况发生重大变化”的限制性解释，仅限于因外部客观因素引发的变故导致劳动合同无法履行。

1、在下面的两个案例中，法院均不认可企业自身主观做出的经营战略调整。

在华润五丰米业（中国）有限公司与刘斌劳动争议案¹⁴中，华润五丰公司因在北京市停止发展自主营销直销业务，转为向代理商供货，从而撤销了劳动者刘斌北京地区销售主管的职位，但法院并未认可该情形属于客观情况发生重大变化，认定公司系违法解除。

同样，德克尔马豪吉特迈（上海）机床有限公司与陈晓涛劳动合同纠纷一案¹⁵中，德马吉公司营业收入大幅下降，陈晓涛所在质量检验部档案管理岗位工作量大幅减少，遂安排陈晓涛去其他岗位报到。就营业收入大幅下降一事，公司提供了利润表、审计报告等大量证据证明，法院最终认为公司行为实质是以降低用

变更劳动合同达成协议的。

本条第（一）项指劳动者医疗期满后，不能从事原工作的，由原用人单位另行安排适当工作之后，仍不能从事另行安排的工作的，可以解除劳动合同。

本条第（二）项中的“不能胜任工作”，是指不能按要求完成劳动合同中约定的任务或者同工种，同岗位人员的工作量。用人单位不得故意提高定额标准，使劳动者无法完成。

本条中的“客观情况”指：发生不可抗力或出现致使劳动合同全部或部分条款无法履行的其他情况，如企业迁移、被兼并、企业资产转移等，并且排除本法第二十七条所列的客观情况。

¹⁴ 案号：（2016）京03民终12362号

¹⁵ 案号：（2016）沪01民终10974号

工成本的方式来达到增收的目的，属于商业策略的自主调整，并非受客观情况所限而导致原劳动合同无法继续履行，因此属于违法解除，需要支付经济赔偿金。

2、在邱丽红与参天制药（中国）有限公司劳动争议再审案件¹⁶中，吉林省高院的意见更是提供了一个“紧缩认定”的方向性参考。

参天公司为了提高运营效益、优化管理结构、改善部分销售大区业绩不佳及资源浪费的客观情况，根据咨询公司作出的方案进行组织架构调整时，撤销了邱丽红任职的原东北大区经理岗位。参天公司主张其组织架构调整措施具有客观性和科学合理性，属于正当行使企业自主经营决策权的情形。但吉林省高院最终认定其组织结构调整完全是出于自身的利益需要，目的在于能够成为行业龙头，属于企业根据自身经营状况选择的自主经营性调整。其原因并非与《条文说明》中的“不可抗力”及“企业迁移、被兼并、企业资产转移”在同一层次上的重大客观事实，所以不能认定参天公司进行结构调整属于《条文说明》第二十六条中的“客观情况发生重大变化”。

同时，吉林省高院进一步根据《条文说明》下发的时代背景计划经济体制，对其中列明的具体情形进行详细解读，认为“企业迁移”一般应指企业在经营过程中，由于某些自然原因或者宏观调控政策发生变化等客观情况的出现，使其在原地点继续经营将会给国家或社会带来诸多不便而不得不作出的重大经营决策，而且大多为政府作出的决策；“被兼并”一般应指企业在濒临倒闭、破产的情况下，多由政府出面协调决定，让其他更有实力的相关企业对其进行管理经营的行为；“企业资产转移”一般应指国有企业的资产被上级主管部门通过划拨的方式划入到其他企业。

由此可见，当时出现的“企业迁移”“被兼并”和“企业资产转移”绝大部分都不是企业所能左右的，多数是被动接受的。这与时下市场经济主体主观可控的、甚至是为了更好发展而向其他城市进军的“迁移”和为了实现规模化经营而进行的“被兼并”等情况不同。所以应当将“客观情况发生重大变化”的解释仅限于企业外部环境发生的企业自身无法改变或控制的重大变故，是企业不得不面

¹⁶ 案号：（2017）吉民再 296 号

对和接受的事实，而非一般的经营状况不佳，亦不是企业为了追求更高利润而进行的管理模式改变等。

从以上案例中不难发现，前期尤其以吉林省高院为代表性意见的裁判观点认为，“客观情况发生重大变化”仅限于由外部客观因素引发的变故导致的双方劳动合同无法履行，企业根据市场行情及内部经营战略，对公司组织架构进行的自主调整不被认可。

囿于计划经济的遗留影响、对立法原意的历史解释及政府维稳需求等因素，前期对“客观情况发生重大变化”做限制性解释的典型观点，极大限制了企业的自主用工管理权，一定程度上保障了劳动者的基本权益。但如果仅将“客观情况发生重大变化”狭义解释为“外部客观因素引发的变故”的极端情形，不仅不符合市场经济规律，也是对企业正当行使经营自主权和用工权的干涉，最终也会侵害劳动者的切身利益。

（二）后期：对“客观情况发生重大变化”的开放性解释，法院的认定标准逐渐宽松，承认企业在市场竞争形势下采取的自救改革行为，鼓励企业进行科技创新。

1、法院对“客观情况发生重大变化”的认定标准出现宽松迹象。

樊桂玉与广州盈信电子有限公司劳动争议纠纷案¹⁷中，盈信公司因经营不善提出解除劳动合同，法院认为劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，判决公司支付经济补偿金。

无独有偶，在曼秀雷敦（中国）药业有限公司北京分公司与包宏秀劳动争议一案¹⁸里，公司基于近年来互联网经济的发展对传统零售行业的冲击等大背景，将非核心城市的药品零售业务和岗位全部外包给第三方公司。公司主张双方劳动合同订立时，当时互联网经济尚未兴起，传统零售行业仍处于快速发展期，双方都未能预见到几年后随着电商模式的成熟以及移动支付工具的大力发展，互联网经济出现了爆炸性发展，电商平台以价格优势和跨区域交易带来的便利性，迅速瓜分了传统零售行业的市场份额，加上门店租金和人力成本一路高涨，导致公司

¹⁷ 案号：（2017）粤01民终3789号

¹⁸ 案号：（2018）辽0102民初9163号

药品零售渠道受到猛烈冲击，必须进行自救，否则难以在互联网经济时代生存下去。

法院从立法目的角度进行解释，认为“客观情况发生重大变化”来源于民法的“情势变更”原则，意指当劳动合同有效成立后，因不可归责于双方当事人的原因，致使劳动合同赖以成立的基础出现动摇或者丧失，如果继续履行该劳动合同会显失公平，此时法律允许劳动合同的主体变更合同内容或者解除合同。如前所述，互联网经济的发展对传统零售行业造成的冲击是双方都无法预见的，面对互联网经济的冲击，公司必须自救和改革，否则可能将面临破产，而业务运营模式的调整以及业务外包就是改革和自救的手段。因此，从法理上分析，公司业务运营模式的调整以及业务外包、岗位撤销等是符合“情势变更”原则的，符合《劳动合同法》第四十条第三款的立法目的。

且《条文说明》是1994年下发的，当时我国还处于计划经济体制，并且该条文也是以国家所有或控制的国有企业作为主要规范对象的，而现在已经是市场经济体制以及互联网经济时代，市场环境相比于1994年已发生巨大变化，因此1994年下发的《条文说明》中列举的客观情况已不能涵盖当前的经济发展情况，难以直接适用于其他非国有企业等，因此不能仅解释为只有列举的情形，应当理解为同类情况均属于客观情况发生重大变化。“企业迁移”、“被兼并”和“企业资产转移”本质上也是企业基于客观外部环境以及企业经营情况作出的企业自救和改革行为，本案公司在受到互联网经济冲击的大背景下调整业务运营模式、将业务外包以及撤销岗位的情况本质上也是一种基于外部环境倒逼企业自救和改革的行为，二者属于处于同一“重大”位阶的其他客观情况。

不同于前期历史解释，根据制定法律时的历史背景以及法律发展的源流，解释认为“客观情况发生重大变化”仅限于企业之外的外部客观因素，后期代表性意见采用目的解释的方法，考虑到立法背景的历史滞后性，根据立法精神，从现阶段社会发展的需要出发，阐明了“客观情况发生重大变化”条文背后的真实含义，也是对用人单位合法权益的一种保护。

2、法院更倾向于鼓励企业进行科技创新。

在北京世界城物业管理有限公司与刘富君劳动争议案¹⁹中，世界城公司原停车场西坡道口由人工收费口改为自动收费口，收费员编制缩减，因此解除与刘富君的劳动关系。法院认为停车场收费从人工收费逐渐转变为智能系统自动收费体现了生产力的进步，是科学技术发展的趋势所在，虽然会客观上造成部分劳动者（比如本案的收费员）失岗的不利后果，但从社会整体效果而言，仍然属于对人力资源的有效节约。从促进社会发展、鼓励企业创新的角度，本院认为可以认定本案的情形属于劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化致使劳动合同无法履行的情形。

后期裁判意见的转变不仅体现在对“客观情况发生重大变化”的认定标准更加宽松了，也从社会发展的公共利益角度考虑问题，充分体现了裁判机关对市场经济及自由竞争主体的尊重，对科技创新和社会发展的支持。

三、得出结论

综上，我们发现近年来裁判意见的转变是：从严到松，从限制到开放，逐步尊重企业在面对市场竞争作出的自主决定。

¹⁹ 案号：（2016）京03民终7742号

员工晚上回公司加班途中发生交通事故，可否认定工伤？

陈伟，北京市炜衡（深圳）律师事务所

一般情况下，员工在工作时间和工作场所内，因工作原因受到事故伤害的，认定为工伤，基本上是没有问题的，这是《工伤保险条例》第十四条里面明确作了规定的。依据上述条文第（六）款之规定，员工在上下班途中，受到非本人主要责任的交通事故或者城市轨道交通、客运轮渡、火车事故伤害的，也应当认定为工伤。争议焦点在于，发生交通事故时，是否是在“上下班途中”？晚上回公司加班是否算“上下班途中”？是否是“回公司加班途中”？拨开乌云方见阳光，只有查明案件事实，才能作出一个更为准确和清楚的认定。

下面给大家分享一个工伤认定的行政案件，一起学习之。法律，让我们更强大。

案件情况：

2012年11月6日，杨某某的亲属向深圳市人力资源和社会保障局申请工伤认定，称杨某某系深圳市雷鸟科技有限公司（以下简称“雷鸟公司”）的员工，任作业员，2012年9月17日18时37分许在前往雷鸟公司加班的途中因交通事故而死亡，并已提交工伤认定申请表、户口簿、病历资料、《深圳市死亡医学证明书》、《道路交通事故认定书》、《法医学尸体检验意见书》、《证明》等相关材料。杨某某的亲属提交的《道路交通事故认定书》认定2012年9月17日18时38分许，杨x某驾驶无号牌二轮普通摩托车在深圳市宝安区石岩麻布新村市场路段时，该车车身左侧及杨x某身体左侧与行人杨某某发生碰撞，造成杨某某受伤送医院经抢救无效死亡的交通事故，杨x某承担事故的全部责任，杨某某不承担事故责任。公司方认为不是工伤，并在收到深圳市人力资源和社会保障局《关于伤亡事故调查处理的通知》后，回复称杨某某事发当日18时许下班前以需陪同儿子看病为由向主管请假，并告知若儿子的病严重的话就不来上班，故杨某某系因工作以外的事情而发生交通事故，不属工伤；并已提交考勤记录、工资清单、路线图等相关材料，其中考勤记录记载杨某某事发当日13时58分上班，18时下班，杨某某平时晚上若需加班是18时50分许上班，22时下班。

工伤认定一波三折：

第一次，不属于或不视同工伤。2013年1月14日，深圳市人力资源和社会保障局作出深人社认字（宝）（2013）第510043001号《深圳市工伤认定书》，认定杨某某的死亡情形不属于或不视同工伤。

第二次，法院判决撤销行政行为。

张启辉不服“不属于或不视同工伤”的说法，向深圳市福田区人民法院提起行政诉讼。2013年7月5日，深圳市福田区人民法院作出（2013）深福法行初字第403号《行政判决书》，判决撤销深人社认字（宝）（2013）第510043001号工伤认定，并责令深圳市人力资源和社会保障局重新作出工伤认定。

第三次，属于工伤。2013年9月27日，深圳市人力资源和社会保障局作出深人社认字（宝）（2013）第510911001号《深圳市工伤认定书》，认定杨某某的死亡情形为工伤。

一审法院认定：

雷鸟公司对工伤认定结果不服，遂向深圳市人民政府申请行政复议，该府于2014年1月8日以深府复决（2014）16号《行政复议决定书》维持深圳市人力资源和社会保障局作出的深人社认字（宝）（2013）第510911001号工伤认定。雷鸟公司又起诉到福田区人民法院。

福田区人民法院在诉讼过程中已依雷鸟公司申请调取交警部门在作出《道路交通事故认定书》时所根据的证据材料。肇事司机杨x某在陈述材料中称事发当日18时40分许，其驾驶摩托车准备去深圳市宝安区石岩麻布新村的一个裁缝店补衣服，在行驶过程中，其左手边有一个妇女突然从左往右横过马路，躲闪不及，结果双方发生碰撞倒地，但对方没反应，接着旁边的治安员过来帮忙报警，而杨x某则拿朋友电话拨打了120。林某某在询问笔录中称其事发当日17时到杨x某家里玩，杨x某叫林某某一起去补衣服，在驾驶摩托车行经深圳市宝安区石岩麻布市场附近时，突然有个妇女从路口冲出来并撞到他们，双方均摔倒在地，爬起来后杨x某把摩托车扶起推到路边，并借林某某的手机拨打120，后120救护车

及妇女的家属都来了，因救护车坐不下，杨 x 某与林某某没跟着去医院，后林某某陪杨 x 某到村里的医务室处理伤口。

原审认为，本案雷鸟公司关于杨某某系因私发生交通事故的主张不能成立。理由如下：首先，从深圳市人力资源和社会保障局对赵某某所作的调查笔录看，赵某某确认的仅是杨某某事发当日晚上可能加班也可能不加班，此为赵某某的单方陈述，并没有请假条予以佐证，且即使其陈述属实，也不能证明杨某某当晚不加班。其次，根据交警部门对杨 x 某及林某某的调查可知，交通事故发生时杨某某身边并无其他人员陪同，其家属是在事发后才来到现场，故雷鸟公司关于杨某某系在带儿子看病途中受伤的说法亦不能成立。再次，雷鸟公司称交通事故的事发路段不是合理的上班路线，但该司提交的其自行测试的结果亦显示从雷鸟公司经事发路段回杨某某住所用时约为 6 分钟，而从另一条路走约需 2 分钟，两条路相比所用时间仅差约 4 分钟，均属合理路线。依据《广东省工伤保险条例》第十五条第三款规定，职工或其近亲属、工会组织认为是工伤，用人单位不认为是工伤的，由用人单位承担举证责任。本案雷鸟公司主张杨某某的死亡情形不属工伤，但其提交的证据材料不足以证明该主张成立，故应承担举证不能的法律后果。本次交通事故发生在合理的上班时间及上班路线上，在雷鸟公司提交的证据材料不能否定杨某某系在上班途中受伤的情况下，深圳市人力资源和社会保障局认定杨某某的死亡情形为工伤并无不当，依法予以支持。

一审法院判决结果：

雷鸟公司请求撤销深人社认字（宝）（2013）第 510911001 号工伤认定缺乏事实根据及法律依据，依法不予支持。为此，依照《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第五十六条第（四）项之规定，判决驳回雷鸟公司的诉讼请求。

二审法院认定：

本院认为，本案被诉具体行政行为是深圳市人力资源和社会保障局认定杨某某的死亡情形为工伤的具体行政行为，人民法院依法对该行为的合法性进行审查。深圳市人力资源和社会保障局提交的《道路交通事故认定书》、病历资料、考勤记录及调查笔录等证据材料相互印证，可证明杨某某事发当日系在上班途中因发

生非本人主要责任的交通事故而死亡的事实，深圳市人力资源和社会保障局对该事实的认定证据充分，本院予以确认。雷鸟公司对深圳市人力资源和社会保障局认定杨某某系在上班途中发生交通事故有异议，并称杨某某事发当日已请假陪儿子看病，并非在上班途中发生交通事故，但雷鸟公司提交的证据材料不足以证明杨某某事发当日已请假不加班，且发生交通事故时杨某某身边并无他人陪同，故雷鸟公司关于杨某某并非在上班途中发生交通事故的主张缺乏证据材料支持，本院不予采纳。杨某某在上班途中因发生非本人主要责任的交通事故而死亡，符合《广东省工伤保险条例》第九条第（六）项关于职工在上下班途中受到非本人主要责任的交通事故伤害应认定为工伤的规定，故深圳市人力资源和社会保障局据此认定杨某某的死亡情形为工伤合法有据，本院予以支持。对于雷鸟公司提出撤销深圳市人力资源和社会保障局作出的深人社认字（宝）（2013）第 510911001 号工伤认定的上诉请求，本院不予支持。

二审法院一锤定音：

综上，雷鸟公司的上诉理由不能成立。原审判决认定事实清楚、适用法律正确、审判程序合法，依法应予维持。为此，依照《中华人民共和国行政诉讼法》第六十一条第（一）项之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

案件信息：

深圳市雷鸟科技有限公司诉深圳市人力资源和社会保障局、第三人张启辉行政纠纷案

广东省深圳市中级人民法院（2014）深中法行终字第 311 号

审判长：何连塘，二〇一四年九月二十五日判决。

律师点评：

陈伟律师认为，此案之所以一波三折，反映出很多法律关系的适用与认定。

首先，在于2012年9月17日18时37分许，当事人是否是前往公司加班的途中发生交通事故。关于“上下班途中”的理解，不应当做缩小解释，而应当做扩大解释。根据最高人民法院《关于审理工伤保险行政案件若干问题的规定》，“上下班途中”的认定至少应当考虑三个要素：一是目的要素，即以上下班为目的；二是时间要素，即上下班时间是否合理；三是空间要素，即往返于工作地和居住地的路线是否合理。上下班途中“合理时间”、“合理路线”，是认定属于上下班途中相互联系、必不可少的时空概念，不应割裂开来，尤其是在时间的“合理”解释上不能简单理解为用人单位考勤规定的上下班时间。

其次，关于举证责任的分配问题。谁主张谁举证是一般举证责任。《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条规定得很清楚，当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明。没有证据或者证据不足以证明当事人的事实主张的，由负有举证责任的当事人承担不利后果。上述案件中，公司方称“杨某某事发当日已请假陪儿子看病，并非在上班途中发生交通事故”，应就其主张举证，但从判决书来看，其并没有提交相关的证据，应承担举证不能的不利后果。既然当事人真的存在请假陪孩子看病的事实，但是事实必须以证据为支持，客观事实与法律事实还是有一定的差距。有证据支持的事实，才是作为裁决的依据。

最后，在工伤认定案例中，首先考虑的是对员工的保护，在双方证据均衡的情况下，应当从举证能力、证明力大小等方面考虑，首先由举证能力较强一方举证，并适用优势证据的认定原则。举证责任承担不是一成不变的，而应当是随时处地变化之中。当一方当事人提交的证据，需要对方提出反证时，对方亦应提交相应的证据，裁决者方可根据双方的证据，分析并判断得出一个内心确认，以及最后的事实认定。

因工出境工作期间突发疾病死亡，可否认定工伤？

陈伟，北京市炜衡（深圳）律师事务所

【摘要】

员工外派国外期间为因工外出，具有一定的特殊性，其中因工出境工作更加具有特殊性，因此对于“工作期间和工作岗位”，应当做扩大解释。因国外的社会习惯、生活环境及语言交流等与国内有很大的不同，故只要用人单位没有证据证明职工在因工出境工作期间从事私人行为，则应认定职工在此期间一直处于工作时间、工作场所和工作岗位上。员工因工外出期间突发疾病死亡，应当视为工伤。

根据《工伤保险条例》第十四条规定，职工因工外出期间，由于工作原因受到伤害或者发生事故下落不明的，应当认定为工伤。第十五条规定，职工在工作时间和工作岗位，突发疾病死亡或者在48小时之内经抢救无效死亡的，应当视为工伤。那么职工因工出境，突发疾病死亡，是否应当认定为工伤？这一问题在司法实践存在争议。

上海法院曾审结过一起此类案件，具有典型意义，现经过整理，并分享给大家。

【裁判要旨】

员工因工被派至南非工作，相对于一般情况下的因工外出更具有特殊性，被告据此认定其在因工出境工作期间突发疾病死亡的情形，属于工伤认定范围，符合法律规定。

【案情简介】

严某系上海某立信电子有限公司员工，与第三人朱某系夫妻关系。严某于2013年8月16日至2014年2月28日被上海某立信电子有限公司派遣至南非约翰内斯堡担任财务控制中心经理职务。2013年9月2日6时43分（南非时间），

严某因突发疾病打电话至办公室预约医生。10时10分许（南非时间）医务人员到达，10时19分（南非时间）确认严某死亡。

2013年9月30日，上海某立信电子有限公司向上海市嘉定区人力资源和社会保障局提出工伤认定申请，并提供了相关材料。上海市嘉定区人力资源和社会保障局受理后，于2013年12月6日作出嘉定人社认（2013）字第6278号《不予认定工伤决定书》。朱某不服，向上海市人力资源和社会保障局提起行政复议。经核实了解，上海市嘉定区人力资源和社会保障局于2014年4月21日撤销了《不予认定工伤决定书》，认为严某在因工外派南非约翰内斯堡期间，于南非时间2013年9月2日早上突发疾病死亡的情形，符合《工伤保险条例》第十五条第一款第（一）项的规定，遂于2014年4月29日作出嘉定人社认（2014）字第2186号工伤认定，严某在被外派至南非约翰内斯堡期间，于南非时间2013年9月2日早上突发疾病死亡，依据《工伤保险条例》第十五条第一款第（一）项的规定，认定严某突发疾病死亡的情形属于工伤认定范围，认定为视同工伤，并将工伤认定书送达上海某立信电子有限公司及第三人。上海某立信电子有限公司对上海市嘉定区人力资源和社会保障局作出的工伤认定行为不服，向本院提起行政诉讼，要求撤销上海市嘉定区人力资源和社会保障局作出嘉定人社认（2014）字第2186号工伤认定书的具体行政行为。

【法院审理】

原告上海某立信电子有限公司在起诉状中称，严某确实因工被派遣至南非期间死亡，但事发时间在南非当地时间9月2日星期一早上6点多，此时严某尚未起床，身处自己租的公寓，也未到达办公室工作，故不符合在工作时间、工作岗位上因工作原因导致突发疾病。原告认为本案不符合《工伤保险条例》第十五条第一款规定的“工作时间和工作岗位”的前提，不同意被告的工伤认定。公司作为工伤认定的申请人，在工伤认定过程中以及被告2014年4月21日作出撤销通知书之前，被告均未通知过原告，也未就本案事实情况向原告详细调查核实，被告作出的撤销通知书也未明确说明撤销的理由和依据，故应该认为被告在认定程序上有瑕疵。综上所述，被告认定事实错误，程序瑕疵，请求法院撤销被告作出的嘉定人社认（2014）字第2186号工伤认定书的具体行政行为。

原告提供如下证据支持其诉讼请求：（1）2013年12月6日嘉定人社认（2013）字第6278号《认定工伤决定书》、2014年4月21日嘉定人社认撤（2014）第18号撤销决定通知书；（2）2014年4月29日嘉定人社认（2014）字第2186号《认定工伤决定书》；（3）关于严某在南非工作时间的情况说明；其他证据材料。

上海市嘉定区人力资源和社会保障局认为其作出的具体行政行为认定事实清楚，认定程序合法，并向本院提供了作出被诉具体行政行为的证据和依据：

（1）2014年4月29日嘉定人社认（2014）字第2186号《认定工伤决定书》及邮寄回证，2014年4月21日《撤销决定通知书》及送达回证、2013年12月6日《不予认定工伤决定书》及送达回证、2013年10月11日的《受理通知书》、《提供证据通知书》及送达回证。被告欲以上述证据证明，被告受理了原告的工伤认定申请后，在法定期限内作出了认定结论，并将认定书送达给了原告和第三人，被告作出被诉工伤认定行为的行政程序合法。

（2）2013年9月30日《工伤认定申请表》，企业法人营业执照、委托书、严某身份证复印件、结婚证复印件、常住人口登记卡、《派遣证明》、《情况说明》、《某立信内部协议》、Questions、《国外短期派遣一般条款》、《关于严某调任南非成本控制经理的通知》、《劳动合同书》及附件、死亡证明（南非）及其基础资料、《居民死亡推断书》、上海碧汇翻译有限公司《企业法人营业执照》、上海市外事翻译工作者协会《社会团体法人登记证书》；

（3）2013年10月31日雷佩《工伤认定调查记录》。被告欲以上述两组证据证明，原告向被告提出工伤认定申请，并提供了申请材料，被告受理后依法进行了调查核实，被告作出被诉具体行政行为认定的事实清楚，证据充分。

（4）《工伤保险条例》第五条第二款、第十五条第一款第（一）项、第十七条、第十八条、第十九条、第二十条、《上海市工伤保险实施办法》第五条第二款。被告欲以上述法律规范证明其具有作出工伤认定行为的主体资格，以及其作出工伤认定行为的程序合法，作出工伤认定行为所适用的法律规范准确。

经庭审质证，原告对被告提供的证据（1）无异议。原告对被告提供的证据（2）即2013年9月30日《工伤认定申请表》等证据的真实性无异议，但认为严某在短期派遣协议上签字，证明严某在南非的工作期间应遵守南非某立信公司的工作时间，上班时间为早上九点至九点半，本案事发时间为早上六点多，不是上班时间，不属于上班时间。

原告对被告提供的证据（3）的真实性无异议，认为严某的死亡地点在公寓，难以认定为工伤。原告对被告提供的法律条文本身无异议，但认为不适用于本案。

第三人即死者家属认为严某被派遣至南非所签的是短期协议，并非劳动合同，其与上海的公司有效；早上六点多是严某打电话给司机求救的时间，正确的死亡时间是十点多。

被告辩称，2013年9月30日，原告向被告提出申请，要求对其职工严某于南非时间2013年9月2日死亡依法进行工伤认定。被告受理后，于2013年12月6日作出《不予认定工伤决定书》。朱某不服，提起行政复议。经核实了解，被告于2014年4月21日决定撤销该《不予认定工伤决定书》，重新作出认定。经查，原告公司员工严某在因工被外派南非约翰内斯堡期间，于南非时间2013年9月2日早上突发疾病死亡。严某外派南非期间为因工外出，职工因工外出工作具有一定的特殊性，其中因工出境工作更加具有特殊性，因国外的社会习惯、生活环境及语言交流等与国内有很大的不同，故只要没有证据证明职工在因工出境工作期间从事私人行为，则应认定职工在此期间一直处于工作时间、工作场所和工作岗位上。严某在因工出境工作期间突发疾病死亡，符合《工伤保险条例》第十五条第（一）项的规定。由于相关法律法规并未规定原认定结论撤销前，需向原告调查核实或告知，故本案不存在原告主张的程序瑕疵。被告依据原告提供的证据材料和查明的事实，依法对2013年9月2日（南非时间）严某突发疾病死亡作出认定为视同工伤的认定结论并无不当。综上，被告作出嘉定人社认（2014）字第2186号认定工伤决定书的具体行政行为，认定事实清楚，证据确凿，适用依据正确，程序合法，恳请法院予以维持。

【裁判结果】

法院经审理认为，根据国务院《工伤保险条例》第五条第二款和《上海市工伤保险实施办法》第五条第二款的规定，被告具有作出本案被诉工伤认定行为的主体资格。根据原告在工伤认定期间提供的证据及被告的调查取证，可以证明严某在因工外派南非约翰内斯堡期间，在南非时间 2013 年 9 月 2 日早上突发疾病死亡的事实。严某因工被派至南非工作，相对于一般情况下的因工外出更具有特殊性，被告据此认定其在因工出境工作期间突发疾病死亡的情形，属于工伤认定范围，被告认定事实清楚，证据充分，适用法律正确，具有合理性。被告于 2014 年 4 月 21 日撤销了原认定结论，并于同年 4 月 29 日作出本案被诉工伤认定行为，被告的行政程序符合《工伤保险条例》第二十条的规定，行政程序合法。

上海市嘉定区人民法院于 2014 年 6 月 25 日作出（2014）嘉行初字第 22 号《行政判决书》，判决如下：

维持被告上海市嘉定区人力资源和社会保障局 2014 年 4 月 21 日作出嘉定人社认（2014）字第 2186 号工伤认定书的具体行政行为。

【律师评析】

职工在工作时间和工作岗位，突发疾病死亡或者在 48 小时之内经抢救无效死亡的，应当视为工伤。这一条如何理解？职工在境外外出期间，其突发疾病时是否是在工作时间和工作岗位，在实务中存在争议。

由于事件发生在境外，受国外工作环境、生活习惯等客观因素影响，如要让死者家属举证证明员工在境外突发疾病时，是否是在工作时间和工作岗位，会加重员工一方的举证责任。《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第七条规定，在法律没有具体规定，依本规定及其他司法解释无法确定举证责任承担时，人民法院可以根据公平原则和诚实信用原则，综合当事人举证能力等因素确定举证责任的承担。

因此，在职工外出工作期间，突发疾病死亡，是否是在工作时间和工作岗位，用人单位更具举证优势，应适用举证倒置。上述案例中的员工外派南非期间为因工外出，具有一定的特殊性，其中因工出境工作更加具有特殊性，因此对于“工作期间和工作岗位”，应当做扩大解释。因国外的社会习惯、生活环境及语言交

流等与国内有很大的不同，故只要用人单位没有证据证明职工在因工出境工作期间从事私人行为，则应认定职工在此期间一直处于工作时间、工作场所和工作岗位上。本案中，用人单位提出员工突发疾病时，事发时间在南非当地时间9月2日星期一早上6点多，此时严某尚未起床，身处自己租的公寓，也未到达办公室工作，故不符合在工作时间、工作岗位上因工作原因导致突发疾病。但是，由于员工出境工作，虽在公寓，仍不排除其处于工作状态，且单位并没有提供相关的证据证实员工不处于工作状态。因此，人力资源和社会保障局从有利于劳动者权益角度考虑，认定该员工突发疾病死亡，属于工伤，符合法律规定。

关于外派劳务人员在国外发生伤、亡后，是否按照因工伤亡对待，《劳动部关于外派劳务人员伤、残、亡善后处理问题的复函》（劳险字[1992]16号）作出了相应的规定。根据该复函规定，对我国外派劳务人员发生伤残、死亡事故的善后处理问题，应参照《国务院关于驻外、援外人员在国外牺牲、病故善后工作的暂行规定》（国发[1981]147号）文件的原则处理。具体意见为外派劳务人员在国外发生伤、亡后，应按照因工伤亡对待。据此，上述案例中，员工属于外派南非的劳务人员，其在国外发生死亡，在没有证据证明其私人原因发生死亡的情况下，应当视为工伤。

【相关法律】

1、《工伤保险条例》

第十五条 职工有下列情形之一的，视同工伤：

（一）在工作时间和工作岗位，突发疾病死亡或者在48小时之内经抢救无效死亡的；

（二）在抢险救灾等维护国家利益、公共利益活动中受到伤害的；

（三）职工原在军队服役，因战、因公负伤致残，已取得革命伤残军人证，到用人单位后旧伤复发的。

职工有前款第（一）项、第（二）项情形的，按照本条例的有关规定享受工伤保险待遇；职工有前款第（三）项情形的，按照本条例的有关规定享受除一次性伤残补助金以外的工伤保险待遇。

2、劳动部关于外派劳务人员伤、残、亡善后处理问题的复函

文号：劳险字[1992]16号

颁布日期：1992-06-15

是否有效：是

青岛市劳动局：

你局青劳险（1992）117号《关于对外派劳务人员伤、残、亡善后处理的请示》收悉，经研究，答复如下：对我国外派劳务人员发生伤残、死亡事故的善后处理问题，同意你们的意见，及参照《国务院关于驻外、援外人员在国外牺牲、病故善后工作的暂行规定》（国发[1981]147号）文件的原则处理。具体意见如下：

一、外派劳务人员伤残或死亡属于外国有关方面造成的，外派单位应积极索赔，不应为外方承担伤害赔偿责任。外方付给的赔偿金，原则上应归当事人或其家属所有，但单位已垫付的诉讼费（包括索赔支出的费用）、医疗费、护理费、治疗期间工资以及事故善后处理等费用，应从国外赔偿金中扣还。

二、外派劳务人员在国外发生伤、亡后，应按照因工伤亡对待。国外赔偿金与国内工伤保险待遇相重复的费用可酌情扣发。但国外赔偿金中的精神损失赔偿不作为重复待遇计算。

三、国外没有赔偿金的，按国内工伤保险待遇处理，所在单位应给予适当照顾。

一九九二年六月十五日

职业病职工获得工伤待遇后能否另行向用人单位请求侵权损害赔偿

相关问题探析

张福军，广东深坪律师事务所

传统观念中我们常将劳动者视为弱势群体，不论社会舆论还是立法旨意均有所偏重地保护劳动者权益，这种做法在过去乃至现在的很长时间内均有所体现。但随着社会经济的发展及民众法律意识不断加强，大众对健康、环境环保、维权等关乎自身权益的问题日渐重视，越来越多的劳动者拿起法律武器维护自身权益。当然这对于法律宣传、国家法治建设及社会发展而言显然属于重大突破与跨越，但是在诸多劳动者维权事件的背后，我们也要透过现象看到企业与职工深层矛盾更加尖锐的本质，尤其是职业病职工的权益保护更是一再挑战企业的“生存底线”。本文我们将从实践出发结合相关地区的案例，探讨并分析职业病职工获工伤救济后能否再行请求侵权损害赔偿。

一、职业病概述及特点

本文探讨的职业病，即《中华人民共和国职业病防治法》第二条规定的企业、事业单位和个体经济组织等用人单位的劳动者在职业活动中，因接触粉尘、放射性物质和其他有毒、有害因素而引起的疾病。职业病的分类和目录由国务院卫生行政部门会同国务院劳动保障行政部门制定、调整并公布。常见的职业病有尘肺、噪声耳聋、职业性中毒、职业性放射病及职业性皮肤病等。

根据我国卫生主管部门资料显示，我国职业病通常有五大特点：1、接触职业病危害人数多；2、职业病危害分布行业广；3、职业病危害流动性大；4、职业病具有隐匿性、迟发性；5、职业病危害造成的经济损失巨大，影响长远。

二、我国立法现状

结合笔者目前接触并代理的多起职业病职工请求侵权损害赔偿的案例可知，职业病职工在获得工伤保险待遇后请求侵权损害赔偿的主要法律依据为《职业病防治法》、《侵权责任法》、《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》（以下简称“人损解释”）。其中，《职业病防治法》第五十八

条、《侵权责任法》第十六条及人损解释第一条为职业病职工请求侵权损害提供了法律依据，而人损解释第十七条至第二十九条则为职业病职工请求赔偿的具体项目及数额计算提供了法律依据，但上述所谓的法律依据实质并不明确。

首先，人损解释第一条虽然规定了因生命、健康、身体遭受侵害，赔偿权利人起诉请求赔偿义务人赔偿财产损失和精神损害的，人民法院应予受理。但该法第十二条规定，依法应当参加工伤保险统筹的用人单位的劳动者，因工伤事故遭受侵权损害，劳动者或者其近亲属向人民法院起诉请求用人单位承担民事赔偿责任的，告知其按《工伤保险条例》的规定处理，可见人损解释将工伤排除在外。但职工以人损解释系最高人民法院出台的司法解释，而《职业病防治法》及《侵权责任法》为全国人大制定的法律，根据法律位阶及效力的适用原则，应排除人损解释，而适用《职业病防治法》第五十八条及《侵权责任法》第十六条之规定，故其请求侵权损害合法有据。此时将面临职业病职工在排除适用人损解释的同时又依据其规定主张各赔偿项目并适用该法相应计算标准的矛盾和尴尬，而且法院如果采信这一观点将导致裁判矛盾。

其次，职业病职工主要依据的职业病防治法第五十八条规定，职业病病人除依法享有工伤保险外，依照有关民事法律，尚有获得赔偿的权利的，有权向用人单位提出赔偿要求。根据法律解释的一般理论，从广义上解释分析，该条所称的“有关民事法律”主要包含是法律、行政法规、规章制度中与民事权利义务有关的规定。以广东省为例，《广东省工伤保险条例》第五十八条规定，用人单位少报职工工资，未足额缴纳工伤保险费，造成工伤职工享受的工伤保险待遇降低的，工伤保险待遇差额部分由用人单位向工伤职工补足。此即职业病职工在用人单位未足额缴纳工伤保险导致其工伤保险待遇较实际更低时“有权向用人单位提出赔偿要求”。若用人单位已依法足额为职业病职工购买工伤保险，职业病职工实际也已依法享受了工伤保险的相关待遇的，其损失已得到相应补偿。另外，保留劳动关系的职业病职工通常会申请无限期延长医疗期，即在其不参与任何工作的情况下，用人单位仍然按照受伤前十二个月的月均工资（包含加班费）向其支付停工留薪期工资，由此可见，职业病职工实质上并无任何损失。根据损失填补原则及当事人不可从诉讼中获利的法律规则，职业病职工在获得工伤保险待遇后无权另行主张侵权损害赔偿。从狭义上解释分析，该条所称的“有关民事法律”应仅限于《立法法》所称的法律，而当前我国法律并没有明确规定职业病病人在享受

工伤保险待遇后具体还可获得何种项目的民事赔偿。况且该条仅授予了职业病病人民事程序救济权即诉讼权利，并没有直接授予民事实体权利，即并未规定用人单位必须赔偿的强制性法律义务，同时现有法律也未规定，若用人单位需赔偿，则需赔偿的项目和数额，因此现实状态系本质上并无法可依。

最后，笔者通过检索相关网站及 APP，发现近几年职业病职工请求侵权损害赔偿的案件增长趋势明显，其中广东省的数量尤为突出，因笔者已代理深圳市多起职业病职工请求侵权损害赔偿案件，故在此以广东省及深圳市的实际情况为例具体分析。2015年3月19日深圳市中级人民法院审判委员会民事行政执行专业委员会第3次会议讨论通过了《深圳市中级人民法院关于审理工伤保险待遇案件的裁判指引》（以下简称“裁判指引”），该裁判指引第二十二点明确规定，劳动者因安全生产事故发生工伤或被诊断患有职业病，劳动者或者近亲属依据最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》的规定，要求用人单位承担精神损害赔偿责任的，应按照劳动者伤残等级进行确定，十级伤残为1万元，逐级增加1万元，一级伤残或死亡的为10万元。自此深圳市各区法院普遍开始支持职业病职工的精神抚慰金，至于人损解释规定的其他赔偿项目，根据案件情况及裁判习惯各区法院裁判结果不一，对此广东省其他地区情况也类似。但自2018年开始，广东省各地区法院及省高院支持职业病职工请求的案例大幅上涨且有逐渐统一的趋势。其原因在于2017年7月19日广东省高级人民法院印发了《广东省高级人民法院关于审理劳动争议案件疑难问题的解答》的通知（以下简称“解答”），该解答第15点就因生产安全事故受到伤害的从业人员及职业病患者主张工伤保险待遇后，又请求侵权损害赔偿如何处理进行了规定。该解答称，劳动者因安全生产事故或患职业病获得工伤保险待遇后，以侵权损害赔偿为由请求用人单位承担赔偿责任的，如侵权损害赔偿项目与劳动者已获得的工伤保险待遇项目本质上相同，应当在侵权损害赔偿项目中扣除相应项目的工伤保险待遇数额，若相应项目的工伤保险待遇数额高于侵权损害赔偿项目数额，则不再支持劳动者相应侵权损害赔偿项目请求。

工伤保险待遇与侵权损害赔偿本质上相同的项目表：

工伤保险待遇项目	人身损害赔偿项目
住院治疗的伙食补助费	住院伙食补助费

停工留薪期工资	误工费
一次性伤残补助金、伤残津贴	残疾赔偿金
丧葬补助金	丧葬费
供养亲属抚恤金	被扶养人生活费
一次性工亡补助金	死亡赔偿金
安装假肢等辅助器具费	残疾辅助器具费

故在广东省高院出台该解答后，广东省各地区更加趋向于支持职业病员工诉求，即使在解答出台前案件已经二审审结的，只要在审限期间申请再审的，广东省高级人民法院再审审理后大部分案件都以事实不清发回重审，最终支持了职业病职工侵权损害赔偿或为其获得赔偿提供了支持的可能。

三、司法实践困境

因我国现有法律确实对于职业病职工获得工伤保险待遇后能否再行请求侵权损害赔偿及去请求的项目数额及计算标准等问题无明文规定，各地法院裁判不一，但从笔者检索相关案例可以看出广东省外绝大部分地区对职业病职工的侵权损害赔偿持否定或观望态度，尚未形成统一支持的裁判标准。究其原因，人损解释第十二条将该种情形指引至工伤保险条例，因其他法律确无此相关规定，又结合我国系大陆法系国家，法官不得自行造法，故为维护法律的稳定性及权威性，很多地区法院均未支持职业病职工的这一诉求。而纵观广东省法院裁判的多起案例，裁判标准之所以会趋于统一，原因在于广东省人民法院出台的解答，而该解答的出台实际源于广东省地区职业病职工人数的剧增，在职业病职工维权的多起案件中，因各地区裁判不一，导致出现同系列案件同案不同判甚至同一法院不同法官也会作出不同裁判结果的情形。最终可能因此引发更多的诉讼纠纷，也会降低民众对法律乃至司法公信的质疑，严重影响社会和谐。基于现实矛盾的激烈冲突广东省高院为统一本地区的裁判标准出台了该解答。不可否认，这一解答的出现确实为职业病职工诉求提供了依据，为法官裁判作出了相应指引，但于用人单位而言确是雪上加霜。

首先，《工伤保险条例》第一条规定，为了保障因工作遭受事故伤害或患职业病的职工获得医疗救治和经济补偿，促进工伤预防和职业康复，分散用人单位的风险，制定本条例。可见，工伤保险立法的目的之一就是分散用人单位的工伤

（含职业病）风险负担，在用人单位不存在故意或者重大过失的情况下，如果还要继续承担职业病职工侵权民事赔偿责任，则用人单位的用工风险实际并未得到任何转嫁，购买工伤保险就没有意义，由此必然导致《工伤保险条例》制定之初衷即立法目的不能实现。

其次，我国工伤保险制度属于劳动和社会保障范畴，系“公法”范畴，属强制性社会保险，其功能在于强化用人单位对职工在劳动和社会保障方面的特殊保护，用人单位承担的是无过错责任。在工伤保险条例中，针对职工患职业病并构成工伤的不同程度，分别规定了不同的工伤保险待遇，对于因工伤致残达到一定程度的，还规定非经工伤职工本人提出，不得解除或终止劳动关系的特别保护，显然工伤保险待遇并非一次性赔偿，而是持续的、不间断的，以此确保职业病职工生产生活的保障性强制性法律规定。上述规定体现了社会与用人单位对职业病患者应尽的责任和义务，有别于侵权责任法（作为“私法”）中关于侵权人原则上承担过错责任并对被侵权人的财产损失承担一次性赔偿的制度设计，且两种制度的赔偿项目也有所区别。因此，在适用《侵权责任法》及《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》相关规定时，不应也无法简单的计算两种制度的获赔数额并对其进行比较和填补，也不可一味将劳动者视为弱势群体袒护而要求用人单位承担更多的社会责任，额外增加其用工成本。况且用人单位已经购买了工伤保险，职业病职工也依法享受了工伤保险相关待遇，甚至部分职业病职工通过工伤获得的赔偿已远远超过其请求的侵权损害赔偿，故其因职业病造成的各项损失，实际已经通过工伤保险获得救济，再行主张侵权损害赔偿确是于法无据。

再次，职业病职工依据《职业病防治法》、《侵权责任法》及《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》相关规定主张人身损害赔偿，依据民事案件中“谁主张，谁举证”的责任分配机制。职业病职工应就用人单位侵害其权利的事实、因果关系及其用人单位的过错等情况进行举证，否则，依照民事证据若干规定的相关规定依法应承担举证不能的不利法律后果。司法实践中，法院往往要求用人单位举证证明其提供了安全的工作环境，在用人单位无法证明或无法充分举证证明的情况下，法院直接依据职业病职工的诊断证明书及工伤认定书推定用人单位未提供安全工作环境，导致职工职业病危害，存在过错。此处想强调的是，该类案件仅属一般侵权案件，并不适用以举证责任倒

置或过错推定为举证责任分配机制的特殊类侵权案件，因此法院在举证责任的分配上实属有误，故在此基础上作出的裁判怎会公允？

最后，关于该类案件支持赔偿的金额计算标准及其伤残依据尚不明朗。人身损害与工伤职工劳动能力鉴定的依据不同且具有相应资质的鉴定机构不同，其中人身损害伤残级别系由司法鉴定机构根据《人体损伤致残程度分级》作出，劳动能力鉴定系由劳动能力鉴定委员会根据《劳动能力鉴定职工工伤与职业病致残等级》作出，二者适用标准不同，故不能简单将劳动能力鉴定级别等同于人身损害伤残级别。但若严格按按此执行，实践中又将出现无对应鉴定标准的尴尬情形。因职业病的分类和目录由国务院卫生行政部门会同国务院劳动保障行政部门制定、调整并公布，职业病存在不同分类及形态，有些职业病如噪声耳聋依据《人体损伤致残程度分级》有对应明确的标准，即进行人身损害残疾等级的认定，但有些职业病如职业性中毒（常见苯中毒）或其他放射性疾病，即使法院委托专门的鉴定机构对其鉴定，也因《人体损伤致残程度分级》中无对应认定标准无从鉴定。

四、解决对策

（一）加强立法，统一裁判标准

随着我国职业病群体数量的不断增加及职业病职工维权意识的提高，加强立法、统一裁判标准，解决职业病职工在获得工伤待遇后另行主张人身损害这一法律适用上的竞合问题已迫在眉睫。

首先，立法机关应加强立法或统筹整合现有法律框架下存在的法律适用矛盾，进一步明确相关的法律依据、赔偿项目及双方的举证责任分配机制，为职业病职工维权及法官裁判提供法律依据及适用标准，避免现行司法实践中的裁判矛盾。其次，司法部门可就实践中存在的问题联合社保部门及其他相关职能部门，对现存问题进行调研，汇总所涉案件数量、发展趋势及在解决该类案件过程中职工、用人单位、社保部门、法院等各不同主体的处理方式及裁判态度。切实了解职工需求及用人单位的现实困难，在此基础上考虑上调工伤赔偿待遇及其涵盖的赔偿项目与计算标准，确保职业病职工依据《工伤保险条例》即可一次性足额获得因

患职业病造成的各项损失，从而避免二次请求赔偿，减少职工与用人单位诉累，一定程度上也避免了司法资源的浪费。

（二）政府部门应加强对用人单位的监管与处罚

《职业病防治法》第三条规定，职业病防治工作坚持预防为主、防治结合的方针，建立用人单位负责、行政机关监管、行业自律、职工参与和社会监督的机制，实行分类管理、综合治理。由此可见，企业中职业病的预防离不开政府职能部门的检查与监督。不可否认，大多数企业职工患职业病确与用人单位防护不到位有所关联，但政府职能部门的监督缺位在一定程度上也让企业有机可趁，疏于防护从而损害了职工权益。目前因该问题的大量出现，侧面反映出职工与用人单位的矛盾进一步加深，这也进一步激化了已有的社会矛盾。因此，政府部门应迅速补位，建立健全履责的相关制度规定，形成管理督查小组并将责任具体到人，积极履行自身的监管职责，坚持监管教育与处罚并进的原则，同时加大宣传力度，让企业更清楚地认识到职业病防护的重要性及未按相关规定操作可能面临的行政处罚及各项赔偿，打消企业侥幸逃避的念想。

（三）用人单位应自查自纠，建立健全职业病防治责任制，完善职工权益保障体系

用人单位应当建立、健全职业病防治责任制，加强对职业病防治的管理，提高职业病防治水平，建立完善职工权益保障体系。具体来讲，首先用人单位在招用职工尤其涉及存在职业危害因素岗位的职工时，应对其进行入职前了解，确定其入职前是否从事过具有职业危害因素的岗位及工作年限，并对其进行细致全面的入职体检，确定是否存在职业禁忌，以此避免帮别人“背锅”。同时对于涉及职业危害因素的职工要需定期进行体检，争取早发现早治疗，防患于未然。其次，用人单位安排职工从事有职业危害因素的岗位时应明确告知职工将从事的岗位可能存在的职业危害风险。再次，用人单位应为职工配备相应的劳动保护用品，并做好发放及使用登记，同时用人单位应在规章制度或员工手册中明确职工不按规定佩戴或使用劳动保护用品相对应的惩处规定。最后，用人单位作为职工的直接主管单位，应加强职工的职业培训（包括岗前培训及在岗培训），明确相关岗位的职业危害及依规适用劳动保护用品的必要性，强化职工的职业防护意识从而有效降低用人单位可能存在的赔偿风险。

（四）职工个人应重视职业防护，加强保护意识

职业病职工患病虽与所处工作环境有关，但其本身的职业防护意识也极为重要。实践中，大部分职业病职工并不在意职业防护，也未严格按照用人单位的规定及要求使用劳动保护用具，严格来讲，其自身对权益的损害也存在过错。因此，职工应充分了解职业病的风险及危害，重视职业防护，加强自身保护意识，从自身做起积极防护职业危害，有效避免或减少职业危害风险。

员工因工死亡或非因工死亡，公司该如何依法合规处理？

黄彪，北京市中银（深圳）律师事务所

问题：

某客户的一名员工突然不幸去世，客户惊慌失措，紧急咨询：该怎么办？要不要赔偿？如何赔偿？法律是怎么规定的？

I、怎么办？

一般而言：

1、了解法律规定，分析系因工死亡还是非因工死亡，判断法律责任，估算法律规定的赔偿标准；

2、邀请律师或劳动部门、街道等第三方专业人士出面解释法律法规规定，引导家属依法依归理性维权，循法律途径解决纠纷；

3、缓和家属情绪，合情合理接待家属，协助处理临时事务，争取家属的理解；

4、协助家属及时向社保部门申请工伤保险待遇、非因工死亡丧葬抚恤待遇等；

5、法律无外乎人情，在坚持法律标准的同时，适当予以人道补偿，以感谢员工此前为企业所做的贡献；

6、体谅家属心情，尽量合理合法协商、调解处理，维护社会稳定，保障企业正常生产经营。

融法·理·情一体，妥善沟通协调处理。

II、法律规定该怎么赔？

具体而言，根据不同的离世（工亡、非因工死亡）原因，有不同的法律规定。

一、员工因工死亡的

（一）哪些情形属于因工死亡？

根据《工伤保险条例》、《广东省工伤保险条例》的规定，下列情形认定为工伤（对应原因的死亡属于因工死亡）：

1、职工有下列情形之一的，应当认定为工伤：

- （1）在工作时间和工作场所内，因工作原因受到事故伤害的；
- （2）工作时间前后在工作场所内，从事与工作有关的预备性或者收尾性工作受到事故伤害的；
- （3）在工作时间和工作场所内，因履行工作职责受到暴力等意外伤害的；
- （4）患职业病的；
- （5）因工外出期间，由于工作原因受到伤害或者发生事故下落不明的；
- （6）在上下班途中，受到非本人主要责任的交通事故或者城市轨道交通、客运轮渡、火车事故伤害的；
- （7）法律、行政法规规定应当认定为工伤的其他情形。

2、职工有下列情形之一的，视同工伤：

- （1）在工作时间和工作岗位，突发疾病死亡或者在 48 小时之内经抢救无效死亡的；
- （2）在抢险救灾等维护国家利益、公共利益活动中受到伤害的；
- （3）因工作环境存在有毒有害物质或者在用人单位食堂就餐造成急性中毒而住院抢救治疗，并经县级以上卫生防疫部门验证的；【广东省规定】
- （4）由用人单位指派前往依法宣布为疫区的地方工作而感染疫病的；【广东省规定】

(5) 职工原在军队服役，因战、因公负伤致残，已取得革命伤残军人证，到用人单位后旧伤复发的。

职工有前款第(1)、(2)、(3)、(4)项情形的，按照工伤报销条例的有关规定享受工伤保险待遇；职工有前款第(5)项情形的，按照工伤保险条例的有关规定享受除一次性伤残补助金以外的工伤保险待遇。

3、职工符合上述第1、2条的规定，但是有下列情形之一的，不得认定为工伤或者视同工伤：

- (1) 故意犯罪的；
- (2) 醉酒或者吸毒的；
- (3) 自残或者自杀的；
- (4) 法律、行政法规规定的其他情形。

(二) 因工死亡的赔偿标准

1、职工因工死亡，其近亲属按照下列规定从工伤保险基金领取丧葬补助金、供养亲属抚恤金和一次性工亡补助金：

(1) 丧葬补助金为6个月的统筹地区上年度职工月平均工资；

(2) 供养亲属抚恤金按照职工本人工资的一定比例发给由因工死亡职工生前提供主要生活来源、无劳动能力的亲属。标准为：配偶每月40%，其他亲属每人每月30%，孤寡老人或者孤儿每人每月在上述标准的基础上增加10%。核定的各供养亲属的抚恤金之和不应高于因工死亡职工生前的工资。供养亲属的具体范围由国务院社会保险行政部门规定；

(3) 一次性工亡补助金标准为上一年度全国城镇居民人均可支配收入的20倍。

2、伤残职工在停工留薪期内因工伤导致死亡的，其近亲属享受上述规定的待遇。

3、一级至四级伤残职工在停工留薪期满后死亡的，其近亲属可以享受上述第（1）项、第（2）项规定的待遇。

目前具体数额：

2018年度全国城镇居民人均可支配收入为39251元；深圳市2018年在岗职工月平均工资为9309元（2019年7月1日至2020年6月30日适用）。

因此，工伤死亡赔偿标准：

- 1、**丧葬补助金：9309元/月×6个月=55854元；**
- 2、**供养亲属抚恤金：根据供养亲属情况按月计发；**
- 3、**一次性工亡补助金：39251元/年×20年=785020元。**

（三）支付主体

1、有为员工依法参加工伤保险的，上述因工死亡的工伤保险待遇由工伤保险基金支付。

2、未为员工依法参加工伤保险的，上述因工死亡的工伤保险待遇由用人单位支付。用人单位不支付工伤保险待遇，工伤职工或者其近亲属可以申请仲裁要求支付；也可以考虑提出先行支付的申请，经审核符合规定的，从工伤保险基金中先行支付工伤保险待遇项目中应当由工伤保险基金支付的项目。从工伤保险基金中先行支付的工伤保险待遇应当由用人单位偿还。用人单位不偿还的，由社会保险经办机构依法向用人单位追偿。

（四）法律法规依据

《工伤保险条例》第14、15、16、39、62条；

《广东省工伤保险条例》第9、10、11、35、41条；

《社会保险基金先行支付暂行办法》。

二、员工非因工死亡的

（一）非因工死亡待遇标准

关于劳动者非因工死亡的使用标准：

1、《广东省企业职工假期待遇死亡抚恤待遇暂行规定》第十条规定了一种标准（3项，丧葬补助费、供养直系亲属一次性救济金/供养直系亲属生活补助费、一次性抚恤金）：

（1）丧葬补助费的标准：3个月工资（月工资按当地上年度社会月平均工资计，下同）；

（2）供养直系亲属一次性救济金标准：6个月工资；

（3）一次性抚恤金标准：在职职工6个月工资；离退休人员3个月工资。

2、《深圳经济特区社会养老保险条例》第三十二条、《〈深圳经济特区社会养老保险条例〉实施细则》第二十二条规定了另一种标准（2项，丧葬补助金和抚恤金）

（1）丧葬补助金：员工死亡时本市上年度在岗职工月平均工资的三倍。

（2）抚恤金：

A、供养亲属为一人的，抚恤金=本市上年度在岗职工月平均工资×6；

B、供养亲属为两人的，抚恤金=本市上年度在岗职工月平均工资×9；

C、供养亲属为三人及以上的，抚恤金=本市上年度在岗职工月平均工资×12。

3、【定论：适用特区标准】：

根据深圳《2016年全市社会保险争议疑难问题研讨会纪要》的规定，劳动者非因工死亡，其遗属因死亡抚恤待遇与用人单位发生争议的，适用《深圳经济特区社会养老保险条例》第三十二条的规定。

（二）不同情形下非因工死亡待遇的处理、支付主体

	社保缴纳情况	工作未满6个月	工作已满6个月
仅在1个用人单位就职	未依法缴纳养老保险	不支持	用人单位支付
	依法缴纳养老保险	不支持	社保支付
先后在多个用人单位就职	未依法缴纳养老保险	不支持	各用人单位按未依法缴纳养老保险的月份比例支付
	依法缴纳养老保险	不支持	社保支付

（三）目前具体数额

1、工作已满6个月+参加了养老保险=社保基金支付丧葬补助金和抚恤金

按照《深圳经济特区社会养老保险条例》及其实施细则的规定，社保基金支付丧葬补助金（3个月深圳社平工资）、抚恤金（根据供养亲属人数计算，供养1个人6个月工资，2个人9个月工资，3个人12个月工资）。

（1）丧葬补助金（3个月深圳社平工资）： $9309 \times 3 = 27927$ 元；

（2）抚恤金：供养1个人的， $9309 \times 6 = 55854$ 元；如果供养2个人的， $9309 \times 9 = 83781$ 元；如果供养3个人的， $9309 \times 12 = 111708$ 元。

2、工作已满6个月+参加了养老保险=用人单位支付丧葬补助金和抚恤金（标准同上）

（四）法律法规依据

《广东省企业职工假期待遇死亡抚恤待遇暂行规定》第十条；

《劳动法实务精要》（第二辑）——第十届深圳市律师协会劳动与社会保障法律专业委员会

《深圳经济特区社会养老保险条例》第三十二条；

《〈深圳经济特区社会养老保险条例〉实施细则》第二十二条；

深圳《2016年全市社会保险争议疑难问题研讨会纪要》第二条、《因工死亡职工供养亲属范围规定》（中华人民共和国劳动和社会保障部令第18号）

员工入职后，工伤保险何时缴交较为妥当？

张金寿、张倩菲，广东卓建律师事务所

《社会保险法》第五十八条规定：用人单位应当自用工之日起三十日内为其职工向社会保险经办机构申请办理社会保险登记，不少用人单位据此认为在入职之日起 30 日内申报社保就没有任何法律风险，但事实并不如此。根据《工伤保险条例》第六十二条的规定，如果员工在入职 30 日内发生工伤，而用人单位未来得及购买工伤保险的，那么相关工伤待遇由用人单位承担，而倘若已经购买，则绝大部分的工伤待遇将由工伤保险基金支付。

【案例：（2019）甘 07 民终 230 号】

高某为某建筑公司的员工，其在上班第一天便受伤并入院治疗，后被认定为工伤。由于公司未与其签订书面劳动合同也未为其参加社会保险，高某向劳动仲裁委申请仲裁，要求公司支付如下款项：1.医药费；2.一次性工伤就业补助金、一次性工伤医疗补助金、一次性伤残津贴；3.停工留薪期工资；4.护理费、住院伙食补助费、营养费；5.鉴定费；6.解除劳动合同经济补偿金；7.未签订书面劳动合同的双倍工资。

仲裁裁决：1.解除高某与公司的劳动关系；2.公司向高某支付医疗费、一次性伤残就业补助金、一次性工伤医疗补助金、一次性伤残补助金、停工留薪期工资、住院伙食补助费、鉴定费、解除劳动合同经济补偿金；3.驳回申请人的其他仲裁请求。

一审、二审均维持了上述裁决。

【律师评析】

从上述案例及《工伤保险条例》等法律法规可见，用人单位应在用工时即为劳动者购买工伤保险，而在实践操作中，工伤保险的缴交、补缴和工伤待遇的享受之间可能会存在争议，笔者以深圳市为例就如下事项分别展开分析：

一、工伤保险是否在员工入职当天购买即生效？

经笔者向深圳市社会保险基金管理局窗口工作人员求证，工伤保险是可以随时通过社保局官方网站提交购买申请的，但是当天申请要次日才能生效。因此，如果用人单位在员工入职当天即为其申请购买工伤保险，那么工伤保险也要在次日才能生效，如果员工入职当天即发生工伤，则只能由用人单位自行承担相关工伤待遇。

针对该情况，笔者建议：如已确定员工的入职时间，可以提前一天为其申请购买工伤保险（尤其是一些存在较大工伤风险的岗位），以保证员工入职当天工伤保险即可生效。

二、工伤保险已生效，但未完成扣费，是否属于购买成功？

深圳地区的社保扣费时间统一为每月 20 日之后，在此之前都是未扣费状态，但是只要工伤保险生效，即使在扣费前发生工伤，依然视为已经购买了工伤保险，符合工伤保险基金理赔条件的，相关赔偿可由工伤保险基金进行赔付。

三、工伤保险生效后扣费前，是否可以撤销？

经向深圳市社会保险基金管理局现场核实，在工伤保险生效后扣费之前，用人单位可以通过后台系统进行撤销。因此，用人单位在当月 20 日前与员工解除劳动关系时，用人单位可以在社保局系统上撤回购买工伤保险的申请，以节省用工成本，防范法律风险。

四、发生工伤后，用人单位再补缴工伤保险是否有意义？

劳动者发生工伤时用人单位没有为其购买工伤保险，在发生工伤后，也有必要立即补缴应缴的工伤保险费及滞纳金。

根据《工伤保险条例》第 62 条的规定，用人单位参加工伤保险并补缴应当缴纳的工伤保险费、滞纳金后，由工伤保险基金和用人单位依照本条例的规定支付新发生的费用。

《人力资源社会保障部关于执行〈工伤保险条例〉若干问题的意见（二）》第 3 条规定，由工伤保险基金支付的“新发生的费用”包括：参保后新发生的工伤

医疗费、工伤康复费、住院伙食补助费、统筹地区以外就医交通食宿费、辅助器具配置费、生活护理费、一级至四级伤残职工伤残津贴，以及参保后解除劳动合同时的一次性工伤医疗补助金。若因工死亡的，则支付参保后新发生的符合条件的供养亲属抚恤金。通过该规定可以看出，发生工伤后，用人单位补缴了工伤保险和滞纳金，部分新发生的费用可以由工伤保险基金支付，但是，占比金额最大的一次性伤残就业补助金和一次性伤残补助金依然须由用人单位自行承担。

综上所述，用人单位不仅应当为员工缴纳工伤保险，还应及时缴纳，否则，可能存在不能理赔的风险，同时，员工入职当天发生工伤的，有可能出现工伤保险不能赔付的情况，用人单位需特别留意。

用人单位可否用人身意外伤害保险替代工伤保险？

彭湃、陈琳，广东卓建律师事务所

【案情简介】

杨某 2016 年 3 月入职东莞市某五金制品有限公司(以下简称“五金公司”),担任冲床工一职。2016 年 9 月 21 日上班期间,杨某发生受伤事故,被送往东莞市新安医院住院治疗,医院诊断为“双手压砸毁损伤”。2017 年 2 月 28 日东莞市社会保障局对杨某受伤事故作出工伤认定。2017 年 3 月 27 日东莞市劳动能力鉴定委员会对杨某的工伤程度作出伤残四级的鉴定结论。

五金公司没有为杨某购买社会保险,而是为其购买了人身意外伤害保险,保险金受益人为杨某。发生受伤事故后,保险公司向杨某支付了意外住院定额给付 100 元、意外费用补偿 30000 元、意外伤害补偿 90000 元,共计 120100 元,五金公司支付了杨某住院期间所有医疗费用 93878.23 元。

后杨某以五金公司未依法缴纳社保造成其工伤待遇损失为由申请劳动仲裁,要求解除劳动关系,并要求五金公司支付停工留薪期工资、伤残津贴、一次性伤残补助金等工伤保险待遇。五金公司抗辩认为,其虽没有为杨某购买社会保险,但购买了人身意外伤害保险,目的也是为了规避、分散工伤赔偿风险,该保险的投保人为五金公司,保费亦为五金公司缴交,因此在工伤保险赔偿时,保险公司已赔偿杨某的 120100 元,应用以抵扣工伤保险待遇。

【法院观点】

法院审理认为:根据五金公司提交的商业保险合同及理赔核定通知书可知,五金公司为杨某购买的商业保险的被保险人及保险金受益人均为杨某。根据保险法及劳动法的相关规定,商业保险应视为用人单位给予劳动者的福利,无法替代社会保险,且本案意外险赔付款的所有人为杨某,并非五金公司,故五金公司无权要求对其应赔付的款项进行相应抵扣。依据《广东省工伤保险条例》第五十七条第一款“用人单位依照本条例规定应当参加工伤保险而未参加或者未按时缴纳工伤保险费,职工发生工伤的,由该用人单位按照本条例规定的工伤保险待遇项

目和标准向职工支付费用“的规定，因五金公司未为杨某购买社会保险，故由此产生的工伤保险待遇责任应由五金公司承担，认定五金公司应支付一次性伤残补助金、一次性伤残津贴、一次性工伤医疗补助金、停工留薪期工资共计人民币439341.61元。

【律师点评】

现实中，许多用人单位往往考虑人身意外伤害保险费用低且可一年一次性缴清、可团体购买，随时灵活更换被保劳动者、理赔手续简单等优点，且认为与工伤保险一样同样为用人单位购买及承担费用，同样可以达到规避、分散工伤赔偿风险的目的，故选择与前述五金公司一样，以购买人身意外伤害保险替代工伤保险的购买。但律师提醒，基于以下理由，人身意外伤害保险并不能替代工伤保险，亦无法免除用人单位的工伤保险待遇赔偿责任：

一、购买社会保险属于用人单位的强制性义务，人身意外伤害险的购买无法免除用人单位购买工伤保险的义务。

《工伤保险条例》第二条第一款规定：“中华人民共和国境内的企业、事业单位、社会团体、民办非企业单位、基金会、律师事务所、会计师事务所等组织和有雇工的个体工商户应当依照本条例规定参加工伤保险，为本单位全部职工或者雇工缴纳工伤保险费。”同时该法第六十二条规定：“用人单位依照本条例规定应当参加工伤保险而未参加的，由社会保险行政部门责令限期参加，补缴应当缴纳的工伤保险费，并自欠缴之日起，按日加收万分之五的滞纳金；逾期仍不缴纳的，处欠缴数额1倍以上3倍以下的罚款。”可见，依据前述规定，为员工购买工伤保险是用人单位的法定义务，未按规定参加的，将产生限期参加、滞纳金、罚款等行政责任，工伤保险的购买具有国家意志层面的强制性、保障性。

而人身意外伤害保险性质上属于商业保险，平等自愿是商业保险的一个基本原则。《劳动法》第七十五条规定：“国家鼓励用人单位根据本单位实际情况为劳动者建立补充保险”，人身意外伤害保险为商业保险，属于劳动法所指的补充保险，因此用人单位为员工投保意外伤害保险，应是用人单位基于自愿的行为，属于用人单位给予员工的一种福利措施。

故由于社会保险存在在国家意志方面强制性的特点,人身意外伤害保险的购买不能当然免除企业购买工伤保险的义务,该方面,前劳动和社会保障部办公厅《关于参加商业保险中的人身意外伤害险后是否还应当参加工伤保险问题的复函》中亦已明确:“工伤保险是社会保险的一个重要组成部分,是国家强制实施的一项社会保障制度。按照《劳动法》第七十二条“用人单位和劳动者必须依法参加社会保险,缴纳社会保险费”的规定,中国境内的企业无论是否参加了商业保险中的人身意外伤害保险,都必须参加工伤保险,并依法缴纳工伤保险费。人身意外伤害险不能替代工伤保险。企业在参加工伤保险的同时,可根据本单位的实际情况,为职工办理人身意外伤害保险。”

二、人身意外伤害险无法免除用人单位支付工伤保险待遇赔偿的责任,保险公司支付的赔偿亦无法进行抵扣。

《工伤保险条例》第六十二条第二款规定:“依照本条例规定应当参加工伤保险而未参加工伤保险的用人单位职工发生工伤的,由该用人单位按照本条例规定的工伤保险待遇项目和标准支付费用。”故依据前述规定,仅购买人身意外伤害险,未依规定购买工伤保险的,一旦劳动者被认定工伤,用人单位应当承担工伤保险待遇赔偿责任。

有用人单位便认为,即使应当承担工伤保险待遇赔偿责任,若投保的人身意外伤害险已支付部分理赔金的,则因劳动者的损失已通过用人单位购买的人身意外伤害险得到弥补,已实现了与购买工伤保险同样的目的,故保险公司已支付的理赔金应当从用人单位应承担的工伤保险待遇赔偿责任中作相应扣除。

但事实上,人身意外伤害保险所属的商业保险和社会工伤保险具有不同的性质,两者在法律关系、支付条件、支付主体、适用法律等方面亦存在诸多不同。依据《中华人民共和国保险法》第三十九条第二款规定:“投保人为与其有劳动关系的劳动者投保人身保险,不得指定被保险人及其近亲属以外的人为受益人。”可见在为劳动者购买人身意外伤害保险时,其受益人必须且只能是劳动者或其近亲属,即相关的保险赔偿应当属于劳动者个人所有,而非用人单位所有,如果用人单位要求将保险公司支付的理赔金额予以抵扣,则用人单位便变相的成为了商业保险的受益人,这与保险的性质不相符。故即使人身意外伤害险获得理赔,依法也无法抵扣用人单位应承担的工伤保险待遇赔偿责任。

对于深圳地区的企业，《深圳市中级人民法院关于审理工伤保险待遇案件的裁判指引》中第十二条也已作出了明确规定：“劳动者的工伤保险待遇由用人单位承担的，劳动者依人身保险合同获得的赔偿，用人单位不得主张在工伤保险待遇中扣除。”

【律师建议】

综上，律师建议：首先，因购买工伤保险属于用人单位强制性义务，且人身意外伤害保险无法替代工伤保险，故对有劳动关系的员工应全部按规定参加工伤保险。实际上，按规定购买工伤保险对于用人单位规避工伤赔偿风险极为重要，尤其是在发生重大工伤事故甚至出现因工死亡的情况下，可以为用人单位分担巨大的赔偿负担。以因工死亡为例，依据《工伤保险条例》第三十七条规定，因工死亡的员工其近亲属可领取丧葬补助金、供养亲属抚恤金和一次性工亡补助金；丧葬补助金为六个月的统筹地区上年度职工月平均工资，按照深圳市 2017 年度在岗职工月平均工资 8348 元/月的标准计算为 50088 元；一次性工亡补助金标准为上年度全国城镇居民人均可支配收入的二十倍，按照 2017 年全国居民人均可支配收入 25974 元的标准计算为 519480 元，可见，在暂不计算供养亲属抚恤金的情况下，仅丧葬补助金及一次性工亡补助金的金额便已达近人民币 57 万元，实践中，如果死亡员工有较多需供养的亲属，则最终的支付金额甚至可能达上百万，而若用人单位未购买工伤保险的，则前述待遇将均由用人单位承担，如此巨额的费用对于企业而言是非常沉重的负担，对于一些小微企业而言，甚至可能因无法承受而直接导致破产，故建议企业应按规定参加工伤保险，千万莫因小失大。其次，若为使员工得到充分保障，安全生产风险较大或有条件的企业也可以给员工投保人身意外伤害险以作为给予员工的福利。

作者简介：彭湃，广东卓建律师事务所高级合伙人、管理委员会委员、卓建劳动法律专业委员会主任，广东省律师协会劳动法律专业委员会委员、第九届深圳市律师协会劳动与社会保障专业委员会副主任、深圳市劳动人事争议仲裁委员会兼职仲裁员。专业领域：员工安置/裁员方案设计、社保审计处理、绩效制度设计、股权激励方案设计、企业法律顾问服务、企业法律风险防范及筹划、公司规章制度制定及梳理、合同的起草与修改、劳动争议、合同纠纷等民商事诉讼、仲裁案件的代理。

员工自愿放弃缴交社会保险的，用人单位是否可免责？

彭湃、陈琳，广东卓建律师事务所

【案情简介】

闵某于2001年10月13日入职广州市番禺某食品机械厂（下称“机械厂”），入职后，曾与机械厂签订过《暂不购买社会保险要求书》，后因机械厂搬迁无法继续履行原劳动合同，故机械厂与闵某于2013年7月1日解除劳动关系。后闵某向劳动仲裁委员会提起仲裁，要求机械厂支付失业保险待遇损失人民币12480元。

【法院观点】

法院经过审理认为，用人单位为劳动者购买社会保险是法定义务，双方不能通过约定而免除该义务，以约定免除的，该约定无效。机械厂主张闵某是自愿中断就业，但是，根据二审查明的事实，本案劳动合同的解除原因，是由于用人单位厂址搬迁，履行原合同的客观情况发生重大变化，双方无法就合同变更达成合意，而非在原劳动合同订立之客观条件无重大变更前提下，由劳动者单方主动要求解除劳动合同。机械厂没有为闵某参加失业保险，以致闵某无法领取失业保险金，由此造成的失业保险待遇损失应由机械厂负担。至于失业金损失数额，根据《广东省失业保险条例》第十六条、第十七条的规定，结合闵某的工作年限及岗位性质、广州市番禺区最低工资标准等计算，其金额不少于12480元，闵某主张未违反法律规定，故予以支持。

【律师点评】

实践中，因部分员工为节省社保支出确不愿意缴交社保的原因，或用人单位为节省用工成本的原因，都可能会由员工向用人单位出具《承诺书》或与用人单位签订书面协议，申明员工本人自愿放弃缴纳社会保险，用人单位可不为其缴纳社会保险费，并承诺不会因社会保险费或未购买社会保险的赔偿责任向用人单位提出任何主张。但一旦涉及到工伤赔偿、医保报销等社保待遇问题，往往就会出现劳动者反悔并提起劳动仲裁要求赔偿的情况。

《中华人民共和国劳动法》第七十二条规定：“用人单位和劳动者必须依法参加社会保险，缴纳社会保险费”；《中华人民共和国社会保险法》第六十条第一款规定：“用人单位应当自行申报、按时足额缴纳社会保险费，非因不可抗力等法定事由不得缓缴、减免。职工应当缴纳的社会保险费由用人单位代扣代缴，用人单位应当按月将缴纳社会保险费的明细情况告知本人。”故依据法律强制性规定，用人单位为劳动者购买社会保险及代扣代缴社会保险费是法定义务。《中华人民共和国劳动合同法》第二十六条第（二）项规定，用人单位免除自己的法定责任、排除劳动者权利的约定无效。故即使有充分的证据证明劳动者是同意或自愿放弃购买社会保险的，由于相关约定排除了用人单位的法定责任，故为无效约定，劳资双方无法通过任何形式的约定而免除用人单位该义务。

因相关放弃购买社会保险的约定无效，用人单位无法免除购买义务，故用人单位应承担未缴纳社会保险所产生的法律后果。当前，我国的社会保险项目包括养老保险、医疗保险、失业保险、工伤保险、生育保险，故在相关保险项目产生保险待遇时，如员工退休的养老金；员工患病需支付的医疗费；失业员工领取的失业保险金；员工发生工伤需支付的医疗费、伤残津贴、一次性医疗补助金、一次性伤残补助金以及女职工的产假工资等劳动者无法获得相关保险待遇造成的损失，均需由用人单位承担。员工自愿放弃购买社保可能会节省一些开支，但一旦产生纠纷，面对高额的医疗费、一次性工亡补助金等支出及无法获得生育津贴等损失，用人单位都只能追悔莫及。

听信员工承诺不为其依法缴纳社保，不仅需要赔偿未为其缴纳社保的相关损失，补缴社会保险时，还将面临滞纳金、罚款等行政处罚。根据《中华人民共和国社会保险法》第八十六条规定：“用人单位未按时足额缴纳社会保险费的，由社会保险费征收机构责令限期缴纳或者补足，并自欠缴之日起，按日加收万分之五的滞纳金；逾期仍不缴纳的，由有关行政部门处欠缴数额一倍以上三倍以下的罚款。由此看见，用人单位如未按《社会保险法》及其他相关法规的要求足额、按时交纳社会保险金，除应进行缴纳或补足外，还将受到罚款等行政处罚。”即使真实情况是由员工提出放弃购买社会保险，最终也均无法使得用人单位免于该法定义务及行政处罚。

【律师建议】

故建议用人单位为员工规范购买社会保险。但现实中确有一些员工坚决不同意购买社会保险，通过不提供相关材料的方式不配合甚至阻挠用人单位为其缴纳社会保险。此时律师建议在入职时，可于录取通知书中，将配合公司办理社会保险购买手续作为入职条件，并明确若拒绝配合办理的，录取通知书失效，公司有权不予办理入职手续，由此造成的损失由新员工自行承担。

作者简介：彭湃，广东卓建律师事务所高级合伙人、管理委员会委员、卓建劳动法律专业委员会主任，广东省律师协会劳动法律专业委员会委员、第九届深圳市律师协会劳动与社会保障专业委员会副主任、深圳市劳动人事争议仲裁委员会兼职仲裁员。专业领域：员工安置/裁员方案设计、社保审计处理、绩效制度设计、股权激励方案设计、企业法律顾问服务、企业法律风险防范及筹划、公司规章制度制定及梳理、合同的起草与修改、劳动争议、合同纠纷等民商事诉讼、仲裁案件的代理。

员工逃税，终究逃不脱补缴的责任

袁吉松，广东前海律师事务所

【案情】

申请人杨某于2008年9月11日入职，任被申请人深圳市某科技有限公司开发部项目组长，双方签订了一份《员工聘用合同书》、《员工保密合同书》。双方在合同中约定申请人的工资按被申请人的工资分配制度及标准执行，未约定具体数额。但通过核对被申请人提交的有申请人签收的《工资表》查明，申请人的工资分两部分发放：一部分通过工资表公开发放，有申请人签名且已缴纳了个人所得税；另一部分因双方为了逃避缴纳个人所得税，被申请人每月未公开向申请人发放2500元至4100元不等的额外保密费。申请人从入职至离职期间，双方没有约定申请人的月工资为税后工资。2009年7月6日，申请人以“私人原因”主动向被申请人提出辞职申请，并得到被申请人的同意，当天申请人办理了工作交接手续并结算了工资；与此同时被申请人从申请人的工资中一次性代扣了其个人所得税3132.76元。

事后，申请人杨某不服向仲裁委员会提起两项仲裁请求：

- 1、要求被申请人深圳市某科技有限公司退还所扣除的个人所得税；
- 2、要求被申请人深圳市某科技有限公司支付解除劳动合同经济补偿。

另查，被申请人从2008年9月1日至2009年4月30日和2009年6月1日至6月30日期间未按照税务机关规定申报期限办理纳税手续，深圳市南山区地方税务局于2009年8月13日向被申请人送达了深地税南限改[2009]10010241号责令限期改正通知书，限其于2009年8月28日前改正违法行为。根据税务部门的要求，被申请人将在申请人离职时代扣的个人所得税3132.76元，于2009年8月6日分9张单据向南山区地方税务局申报，南山区地方税务局当天受理并签章；2009年8月13日，被申请人将代扣申请人的个人所得税3132.76元分9次通过工商银行转入南山区地方税务局指定的账户内。

【裁决结果】

经仲裁员主持调解，双方当事人未能达成一致意见。仲裁委员会作出裁决：驳回申请人杨某的全部仲裁请求。

【法律分析】

1、双方虽未签订正式的劳动合同，但通过审查双方订立的《员工聘用合同书》和《员工保密合同书》，该两份合同书具体劳动合同的主要形式和合同的主要内容，是双方当事人真实意思的表示，内容不违反法律、行政法规的强制性规定，合法有效；双方均应按照合同书的约定以及法律的规定享有权利、履行义务。申请人在职期间，根据自己的意愿，以书面形式提出辞职申请，虽未提前三十日通知用人单位，但已得到了被申请人的同意，其辞职行为符合《劳动合同法》第三十七条规定。因申请人以个人原因主动提出辞职，又要被申请人给付解除劳动合同的经济补偿金，不符合《劳动合同法》支付经济补偿的情形，对该请求因法律依据不足，应予以驳回。

2、缴纳个人所得税是符合纳税条件的公民应尽的义务，也是单位代扣个人所得税义不容辞的责任，是法律赋予的一项强制性规定。申请人在职期间，被申请人除公开向申请人发放工资和部分保密费外，每月还单独（未公开）向申请人发放 2500 元至 4100 元不等的额外保密费。被申请人秘密向申请人发放保密费申请人都是明知的，双方的目的就是为了逃避缴纳个人所得税，其行为严重违背了法律的规定。本案庭审中，申请人主张其工资为税后工资，但通过调查核实双方没有以书面形式或口头方式约定申请人的月工资为税后工资；既然没有约定申请人的月工资为税后工资，那申请人就应当以月收入总额为缴费标准，通过被申请人向税务部门每月或每年定期或不定期缴纳个人所得税。深圳市南山区地方税务局发现被申请人未履行扣缴个人所得税的义务后，正式下达了〈责令限期改正通知书〉，并要求被申请人限期改正违法行为。于是，被申请人将申请人应缴的个人所得税数额如数向南山区地方税务局缴交，符合法律的规定。因此，对申请人要求被申请人退还所扣除的个人所得税 3132.76 元的请求因没有法律依据也应予以驳回。如申请人对被申请人的扣费行为或扣缴金额有异议，还可向税务部门反映，由其作出行政处理。

竞业限制违约金约定方式的利弊分析

孟庆杰，北京市盈科（深圳）律师事务所

随着科技迅猛的发展，企业越来越重视自身的商业秘密的保护，特别是一些高科技的企业，为了防范员工在职期间及离职后披露或泄露企业的商业秘密，在员工入职时或在劳动合同履行过程中，与员工约定竞业限制义务。如有违反，员工应向企业支付违约金，但在实务中约定违约金的方式五花八门。

实务中约定违约金的方式，主要有以下几种：

第一种：以工资结构中的固定工资的倍数作为计算基数，比如为基本工资的20倍。

分析要点：

有的员工工资结构不但包括固定工资，还包括浮动工资（如每月浮动的提成、加班工资、绩效奖金，半年奖、季度奖、年终奖、双薪等）。而法律规定的竞业限制补偿标准为员工在劳动合同解除或者终止前十二个月平均工资的30%（深圳为50%），即竞业限制补偿的计算标准不但包含固定工资，还包含浮动工资。如果员工的固定工资较低，浮动工资较高。那么，此种违约金的计算方式，不利于企业对自身权益的保护。

第二种：以离职前上一年度的年收入作为计算基数，比如为上一年度年收入的2倍。

分析要点：

1、有的企业倡导无纸化办公，不要求员工签收工资条。企业通过邮件或OA系统发送工资条。如员工对上一年度的年收入有异议，其工资账户交易流水显示为员工实发工资而非应发工资，如果企业举证证明员工每月应领取的应发工资，则企业可能要委托司法鉴定机构或公证处对上一年度年收入的情况进行相应的司法鉴定或公证，真的费时费钱！！！！

2、有的企业通过私账（个人账户）发放部分工资，如企业提交相关证据，可能引发其他问题：社保、住房公积金缴纳基数不足额的问题，企业未依法代缴个人所得税问题……

3、有的员工离职时上一年度的工作时间不是全年的情况，举个例子，如果员工 2018 年 8 月 1 日入职，2019 年 5 月 18 日离职，那么其上一年度的年收入如何进行核算呢？

第三种：以已实际支付的竞业限制补偿金作为计算基数，比如违约金为已支付竞业限制补偿的 2 倍；

分析要点：

1、员工在离职后马上跳槽到有竞争关系的同行企业，此时企业不能容忍员工违反竞业限制的行为，在第一时间向员工发函或申请劳动仲裁，要求员工停止违反竞业限制的行为。在此情况下，企业仅支付员工几个月的竞业限制补偿，则可能支持的违约金相应过少。

2、如果员工离职后违反竞业限制义务，但企业一直未支付竞业限制补偿的，违约金又如何进行核算？

第四种：约定固定的金额，比如支付违约金为 20 万元、30 万元、100 万元……；

分析要点：

实务中，采取这种方式的较多，但有的企业往往不论员工职位高低、掌握企业

商业秘密的程度大小，采取一刀切的方式，约定违约金的数额同一标准。对于未掌握核心商业秘密的员工，约定违约金的数额过高，在仲裁或诉讼中，极可能被调低；对于掌握核心商业秘密的员工，相对而言，约定的违约金过低，在仲裁或诉讼中，很难调高。

第五种：以员工的违约行为给企业造成经济损失为支付条件。

分析要点：

实务中，企业很难举证由于员工的违约行为给企业造成的经济损失，即使员工违反竞业限制义务，企业主张的违约金的诉求没有事实依据，仲裁委或法院难以支持。笔者认为此种约定方式最不可取，自挖坑较大！

第六种：约定两种方式，比如支付不低于员工上一年度的两倍年收入（或竞业禁止补偿费）作为违约金。

分析要点：

企业在《劳动合同》或者《保密协议》中约定员工的竞业限制义务，但企业提供的合同或协议基本上均为格式合同。一般情况下，企业也无法做出合理解释，那么，仲裁委或法院可能对合同条款的内容会按照对员工有利的方式理解，即按竞业限制补偿的标准作为计算违约金的基数，显然，企业自挖一坑。

实操建议

一、笔者比较赞成采取第四种方式，相对举证容易，但应根据员工掌握核心的商业秘密的程度大约定违约金的数额，不能采取一刀切的方式。

二、员工入职时，可能双方约定的违约金数额较低。但随着员工职位的升迁，可能员工掌握商业秘密的机会更多，此时，企业应与员工签署补充协议，调高违约金的数额；

三、如违约金约定方式不明确的，企业应与员工签署补充协议，明确违约金的约定方式；

四、企业应妥善保管员工在职期间其签名确认的工资条，确实由于某种原因不能按月签署工资条的，最好在年底时对员工当年度收入进行汇总，要求员工在工资汇总表上签名确认，利于企业举证；

五、通过企业的账户支付竞业限制补偿且备注用途，不要用私人账户发放，避免员工以未发放竞业限制补偿为由要求调低违约金的数额。

参考资料

- 1、四川省成都市中级人民法院(2017)川 01 民终 7642 号
- 2、广东省深圳市中级人民法院(2015)深中法劳终字第 5750 号

作者简介：孟庆杰，女，北京市盈科（深圳）律师事务所律师，本科学历，律师执业二十年，具有国家一级人力资源管理师、一级企业培训师、一级劳动关系协调师从业资格，现任深圳市劳动人事争议仲裁委员会仲裁员（兼职）、深圳市律师协会劳动和社会保障专业委员会委员。

劳动关系领域的敲诈勒索现象剖析及应对措施

邹兵，广东鹏乾律师事务所

近期华为离职员工李元洪事件使得人们特别是职场当中的白领对于劳动维权与敲诈勒索产生了极大的关注，而此类现象其实屡见不鲜，只是此前没有获得人们普遍的关注和重视，借此机会，笔者对劳动关系领域的敲诈勒索现象进行一个初步的剖析，并尝试着针对性提出一些应对措施。

一、敲诈勒索罪的定义及其量刑

敲诈勒索罪是指以非法占有为目的，对被害人使用恐吓、威胁或要挟的方法，非法占有被害人公私财物的行为。

《中华人民共和国刑法》第二百七十四条规定，敲诈勒索公私财物，数额较大或者多次敲诈勒索的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑，并处罚金。

2013年颁布的《最高人民法院最高人民检察院关于办理敲诈勒索刑事案件适用法律若干问题的解释》（法释〔2013〕10号）第一条规定，敲诈勒索公私财物价值二千元至五千元以上、三万元至十万元以上、三十万元至五十万元以上的，应当分别认定为刑法第二百七十四条规定的“数额较大”、“数额巨大”、“数额特别巨大”。该解释第六条规定，被害人对敲诈勒索的发生存在过错的，根据被害人过错程度和案件其他情况，可以对行为人酌情从宽处理；情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪。

2014年9月5日印发的[2014]19号《广东省高级人民法院广东省人民检察院关于确定敲诈勒索刑事案件数额标准的通知》对我省（即广东省）执行“数额较大”、“数额巨大”、“数额特别巨大”的标准通知如下：

一、一类地区包括广州、深圳、珠海、佛山、中山、东莞等六个市，敲诈勒索数额较大的起点掌握在四千元以上；数额巨大的起点掌握在十万元以上；数额特别巨大的起点掌握在五十万元以上。

二、二类地区包括汕头、韶关、河源、梅州、惠州、汕尾、江门、阳江、湛江、茂名、肇庆、清远、潮州、揭阳、云浮等十五个市，敲诈勒索数额较大的起点掌握在二千五百元以上；数额巨大的起点掌握在六万元以上；数额特别巨大的起点掌握在四十万元以上。

二、如何甄别哪些行为可能构成敲诈勒索罪

经检索相关判决书，可从以下三个方面进行初步判断：（1）行为人是否具有非法占有的目的。这主要从维权方式、维权次数、所得款项用途进行判断。（2）行为人是否虚构夸大事实或不当利用相关事实来实现非法占有的目的。主要从是否以不合理根据，虚构夸大事实或不当利用相关事实，以媒体或网络爆料、向监察部门举报、向公安机关报案等方式相要挟。（3）是否采用正常的维权途径或法律程序。司法实务当中，劳动争议的解决应遵循“仲裁前置”的规则，即劳动者首先应当进行劳动仲裁再提起相应的民事诉讼。如当事人放弃正常的维权途径或法律程序，选择以违法手段（以侵害名誉权、商业秘密、曝光公司财务、恐吓公司高管、非法上访等方式）索财就可能涉嫌构成敲诈勒索罪。

使用恐吓、威胁或要挟的方法是敲诈勒索罪最主要的特征，也是认定罪与非罪的关键和难点。而“恐吓、威胁或要挟”应当具备三个方面的特征：1、行为的不正当性。即对被害人精神上实施了非法的强制行为，使其在心理上产生恐惧，产生压力。如行为人以将要实施暴力、揭发隐私、披露商业秘密或财务信息、毁坏名誉相威胁等等，这些行为都是法律所不允许的。如果实施的行为并不被法律所禁止，则不构成本罪。2、后果的不正当性。即被害人要么被迫交付财物，要么正当利益受到损害。交付财物，则侵犯了被害人财产权利，不交付财物，被害人的人身、名誉等正当权利将受到损害。3、行为和后果之间存在必然的因果关系。即被害人基于行为人恐吓、威胁或要挟，而被迫交付财物，否则自己的人身、名誉等正当权利将受到损害。被害人为了自己的正当权利，必需满足行为人的要求。

三、劳动关系领域发生的相关敲诈勒索案例

1、徐某敲诈勒索案

员工以不对外公开公司店铺销售情况、人员工资制度、门店工作人员加班费、工资表等财务资料为由向公司索要 50 万元

法院：构成敲诈勒索罪，判处有期徒刑 4 年！

案号：（2016）苏 01 刑终 725 号，审理法院：苏州市中级人民法院

裁判要旨：

法院查明：2016 年 1 月 5 日，徐某以其持有的公司门店其他工作人员加班费、工资表等财务资料作为筹码，威胁公司给付人民币 60 万元，否则将予以公开。2016 年 1 月 27 日，徐某与公司代表王某约在某酒店房间内见面，双方约定由公司给付徐某人民币 50 万元，徐某承诺将财务资料交还，并签署承诺书，保证上述数据不再外泄。之后徐某在跟随王某出门拿钱时，被民警当场抓获。【一审处理结果】以敲诈勒索罪判处被告人徐某有期徒刑四年，并处罚金人民币二万元。【二审处理结果】徐某上诉称：1.其与公司存在劳动争议，其向公司索要的大部分钱款是其与妻子朱某依法应当获得的加班工资、社保、公积金等合法收益。2.公司违反劳动法相关规定，存在过错。3.公司在与其谈判中存在犯意引诱行为。4.徐某掌握的数据资料无法对公司造成威胁。5、其犯罪情节轻微，原审判决量刑过重。

二审法院认为：关于上诉人及其辩护人提出的“徐某主观上不具有非法占有目的，其行为属于正当维权，不构成敲诈勒索罪”的上诉理由和辩护意见，经查，（1）、徐某所称公司应支付其与朱某加班工资部分无相关证据证实；（2）社保、公积金依照相关法律规定应由用人单位上缴社保、公积金专用账户，而不是直接给付劳动者，徐某要求公司以现金方式向其支付社保、公积金无法律依据；（3）在徐某向公司索要钱款之前，其已就其、朱某与公司之间的劳动争议提起劳动仲裁，表明徐某对如何合法维权有明确认知；（4）书证承诺书载明，徐某同意拿到公司 50 万元后将其持有的数据归还公司，保证不再外泄；如数据外泄，同意将从公司处收到的 50 万元归还公司。上述徐某承诺的内容表明，其主观上认定其向公司索要的 50 万元是保证持有数据不外泄的对价，而非其与朱某加班工资、社保、公积金等。故徐某以维权为名，以公开公司内部数据资料相要挟，向公司索要巨额钱款，其行为符合敲诈勒索罪的构成要件，该上诉理由和辩护意见不能

成立，本院不予采纳。关于上诉人的辩护人提出的“徐某掌握的数据资料无法对公司造成威胁”的辩护意见，经查，证人王某的证言及书证公司关于徐某持有数据的说明证明，徐某持有的数据资料涉及该公司店铺销售情况、人员工资制度等，属于该公司核心财务、人力资源数据。公司得知徐某将公开上述数据资料的情况后，多次主动与徐某沟通，表明上述数据资料对公司有重要影响。故该辩护意见不能成立，本院不予采纳。关于上诉提出的“公司存在过错和犯意引诱行为，其犯罪情节轻微，原审判决量刑过重”的上诉理由，经查，公司是否违反劳动法与徐某是否实施敲诈勒索行为之间不存在直接因果关系，徐某可以选择通过合法途径维权，故公司不存在刑法意义上的过错。徐某实施敲诈勒索犯罪，并非公司设置圈套诱使其实施，而是其本人积极追求的结果，故公司不存在犯意引诱行为。徐某敲诈勒索数额特别巨大，原审判决考虑未遂、坦白、取得被害单位谅解等情节对其减轻处罚，量刑系在法律规定幅度范围内，并无不当，故该上诉理由不能成立，本院不予采纳，最后维持原判。

2、王某敲诈勒索案

员工以向有关部门举报公司不为员工缴纳社会保险费、克扣员工高温补贴及加班费等违法行为向公司索要 10 万元

法院：构成敲诈勒索罪，判处有期徒刑 1 年！

案号：（2017）粤 03 刑终 1294 号，审理法院：深圳市中级人民法院

裁判要旨：

一审法院查明：上诉人王某与被害单位之间的经济纠纷数额为 1 万元左右，但其却以不再举报投诉被害单位为由向公司提出过高要求，要被害单位给付 10 万元的赔偿金，被告人王某主观上明显具有非法占有他人财物的故意，其客观行为符合敲诈勒索罪的犯罪特征，应当以敲诈勒索罪对其定罪量刑。经原审法院审判委员会讨论决定，以被告人王某犯敲诈勒索罪，判处有期徒刑一年，并处罚金人民币二千元。宣判后，原审被告人王某上诉，辩称自己向有关部门举报公司不为员工缴纳社会保险费等违法行为，其并未采取胁迫行为，而是通过正常合法的手段来维护自己的合法权益，其举报公司不法行为后，无论其是否继续举报，有

关部门都会对公司不法行为进行调查处理，公司并不会因其继续举报而产生畏惧心理。公司方面要求其协商此事，并答应给其加班费、高温补贴、社保费、差旅费等费用共 10 万元。但老板给钱时却要求其写明系封口费，意图陷害。其并未实际取得 10 万元。综上，请求二审法院查明事实，改判其无罪。

二审法院认为，上诉人王某敲诈勒索他人财物，数额巨大，其行为已构成敲诈勒索罪。本案中，上诉人王某因被害单位深圳某公司存在未给员工购买全部社保、克扣员工高温补贴及加班费等违法行为而向有关部门举报。经查：上诉人王某与被害单位之间的经济纠纷数额为 1 万元左右，但其却以不再举报投诉被害单位为由向公司提出过高要求，要被害单位给付 10 万元的赔偿金，被告人王某主观上明显具有非法占有他人财物的故意，其客观行为符合敲诈勒索罪的犯罪特征，应当以敲诈勒索罪对其定罪量刑。原审法院认定王某虽已着手实施犯罪行为，但因其意志以外的原因未能得逞，属于犯罪未遂，对其已比照既遂犯从轻或者减轻处罚，量刑并无不当。裁定驳回上诉，维持原判。

3、倪某敲诈勒索案

员工以举报工地存在违规施工相要挟向公司索要 2 万元

法院：构成敲诈勒索罪，判处有期徒刑 1 年 3 个月！

案号：（2016）沪 0114 刑初 278 号，审理法院：上海市嘉定区人民法院

裁判要旨：

法院查明：倪某辞职后，9 月 20 日其分别向工地老板陆某某及工地监理于某某寄信，信中称其辞职的原因是人身受到了威胁，且没有签订正式的劳动合同，如不给予解决，其将向相关部门举报其在工地上干活期间发现的工地上存在的一些安全问题，并附了几张工地安全隐患的照片。他们收到信后，电话或短信分别与其联系，其提出要补偿，最后陆某某提出给其 2 万元作为补偿，并叫其不要把相关材料举报至上海市质量安全监督站。10 月 12 日，其收到工地打给其的 2 万元，陆某某发短信叫其把相关材料寄给他本人，其按他要求寄了快递。

法院认为，公诉机关指控被告人倪某某以非法占有为目的，采用威胁手段勒索公民财物，数额较大，其行为已触犯刑律，构成敲诈勒索罪，事实清楚，证据确实、充分，所控罪名成立。被告人倪某某当庭否认敲诈勒索犯罪，其辩护人认为被告人倪某某的行为不是敲诈勒索犯罪。经查，有关的短信记录、银行电子回单、被告人倪某某书写的书信与被害人陆某某的陈述、证人于某某的证言及倪某某到案后的供述相互印证，足以证实倪某某在与联谊公司结清工资的情况下，以举报工地存在违规施工相要挟，索得人民币 20000 元的事实。上述辩解、辩护观点与事实、法律不符，本院不予支持。依照《中华人民共和国刑法》第二百七十四条、第五十三条和《最高人民法院、最高人民检察院关于办理敲诈勒索刑事案件适用法律若干问题的解释》第一条、第八条之规定，判决如下：被告人倪某某犯敲诈勒索罪，判处有期徒刑一年三个月，罚金人民币四千元。

4、武慧珍敲诈勒索案

员工利用“十九大”召开的敏感时期，以到北京非正常上访的威胁手段要挟公司支付不合理费用。

法院：构成敲诈勒索罪，判处有期徒刑 2 年 6 个月！

案号：（2018）晋 0181 刑初 15 号、（2018）晋 01 刑终 561 号，审理法院：古交市人民法院、太原市中级人民法院

裁判要旨：

法院查明：武慧珍要求古交供电公司为其解决 1、恢复第一份劳动合同约定的身份、编制；2、补发参加工作期间的工资、福利差额；3、因为公司将其停工、停岗，要求恢复身份。在与公司经理王某交涉过程中，其要求王某逐级上报先解决差额的十分之一即先给 18 万元，经王某与其讨价还价降为 15 万，武慧珍同时提出如不解决，就拿上她的材料交给十九大期间来北京的中外记者，后王某向武慧珍丈夫账户汇款 3 万元。

法院认为，被告人武慧珍以非法占有为目的，以进京上访和向报道“十九大”的中外记者曝光其上访材料、以身殉国等语言相威胁，向他人敲诈 15 万元。其中既遂 3 万元，未遂 12 万元。其行为已构成敲诈勒索罪。公诉机关指控罪名成

立，本院予以确认。对未遂部分比照既遂减轻处罚。对被告人武慧珍其不构成敲诈勒索罪的辩称，以及辩护人武慧珍无罪的辩护意见，不予支持。经本院审判委员会讨论决定，依照《中华人民共和国刑法》判决如下：一、被告人武慧珍犯敲诈勒索罪，判处有期徒刑二年六个月，并处罚金 20000 元。该案 2018 年 9 月 18 日被太原市中级人民法院以“原审法院认定本案的事实不清，证据不足”为由裁定发回重审。

类似案例还有：

5、张政敲诈勒索案，（2018）粤 13 刑终 431 号，广东省惠州市中级人民法院

法院：构成敲诈勒索罪，判处有期徒刑 5 年！

裁判要旨：“劳动者如认为原单位在经营中存在违法罪名可以向有关部门举报，但不能以举报要挟他人进而索取财物。”

6、李秀丽勒索案，（2017）鲁 0285 刑初 758 号，山东省莱西市人民法院

法院：构成敲诈勒索罪，判处有期徒刑 4 年！

裁判要旨：“被告人以滞留北京上访为要挟向公司索要的是因上访产生的交通费、食宿费及被行政拘留的补偿费等不合理费用，该费用没有事实和法律依据，具有非法占有的目的，且实施了要挟行为”；

在前述几个案例中，劳动者在实施“敲诈勒索”行为之前可能未曾预见其行为已涉嫌刑事犯罪，然木已成舟，值得广大劳动者引以为戒。这些案例足以警醒广大劳动者，在维护自身合法权益时，务必采用合理合法的手段，不能为了节省“成本”或获取更多非法利益，进而采取一些恐吓、威胁、要挟的方法，意图寻求“捷径”以获取利益只会给自己带来巨大的刑事责任风险，直至牢狱之灾。

四、劳动关系领域“敲诈勒索”行为所针对的企业违规违法行为类型

劳动者在维权过程中通常会以自身劳动权益受损或公司存在违规违法行为为由主张巨额赔偿或补偿，此时就有可能构成敲诈勒索罪。劳动者“敲诈勒索”行为主要针对如下违规违法行为：

第一类，主要涉及劳动者劳动权益方面，比如社保或住房公积金的缴纳、加班工资的支付、超时加班的安排、童工/未成年工的使用、女工权益保护、裁员处理等；

第二类，主要涉及企业经营过程中与行政监管相关的行为，比如环保违法、施工违法、消防违法、挂靠、借用资质等；

第三类，主要涉及企业经营过程中相关人员的违法违规行比如职务侵占、挪用公司财物、商业贿赂、其他内部舞弊行为等；

还有一类并非违规违法行为，而是涉及企业对内部信息或知识产权的保护，比如企业商业秘密、技术秘密、财务信息、客户名单、各种专利等；

劳动者实施敲诈勒索时的行为表现主要是：（1）到公司吵闹、砸毁公司财物、破坏公司生产等；（2）恐吓、威胁公司相关人员或其家人的安全或以损坏其名誉或威胁公司正常经营作为要挟；（3）以对外公开公司的财务、劳动用工、客户名单、销售资料、知识产权、其他商业秘密等保密资料或信息作为要挟；（4）、以控告公司或公司相关工作人员，让其承担刑事责任或罚款、丧失证照、资质等进行要挟；（5）向相关部门进行举报或在媒体上曝光或在网络上发帖对企业进行攻击；（6）以上访等方式作为要挟手段。

五、劳动关系领域敲诈勒索行为的应对措施

劳动关系领域“敲诈勒索”行为通常发生于劳动者因自身权益与企业发生争议过程当中，尤其高发于劳动者离职前后劳资双方相关交涉过程之中。在此过程中，劳动者常常因其在劳动法上的合法权益和其他个人诉求未能得到最大限度的满足而不满，进而促使其采用“敲诈勒索”的方式去争取自身的合法劳动权益乃至违法权益，这是劳动者“敲诈勒索”行为的核心心理动因。而劳动者之所以可以在前述多个方面发难于企业，问题仍然肇始于企业在内部经营管理、劳动者权

益保护、知识产权保护、商业秘密保护等方面确实存在不合规甚至违法之处，这自然会给试图以“敲诈勒索”方式获得额外权益的劳动者以可趁之机。

要最大限度的减少甚至是杜绝此类借机“敲诈勒索”现象的发生，首先应结合企业自身的特点、企业文化等，因地制宜，建立适合自己的企业内部合规化管理体系和制度。而要建立此项制度则可参考2017年12月29日中国国家质量监督检验检疫总局、中国国家标准化管理委员会发布的ISO 19600《合规管理体系指南》（GB/T 35770-2017），该指南对于完善企业内部各项制度，提升合规合法化管理水平，健全企业合规管理体系具有巨大的指引作用。

笔者认为，企业可在如下几个方面开展相应的合规化工作：

1、完善员工离职方面的制度及其合规化管理，在员工离职面谈、离职补偿的处理、离职协议的签署、离职手续的办理、法务审核等方面必需采用一整套完整的流程，并畅通离职处理过程中员工异议或意见的快速反馈或响应机制；

2、完善企业商业秘密、技术秘密、财务信息、客户名单、劳动用工信息、知识产权等内部信息的保密制度，落实在职和离职员工承诺保护企业内部信息相关协议以及竞业限制协议的签署、归档及其监督执行；

3、完善涉及劳动者劳动权益方面的合规化管理，涉及劳动合同的签订（尤其要注意及时续签）、员工社保或住房公积金的缴纳、加班工资的支付、超时加班的安排、未成年工的使用、女工权益保护等方面；

4、建立购销环节、资金运用环节等专项合规管理制度，建立健全反腐败/反商业贿赂/反舞弊管理制度，坚决杜绝这些环节的违法违规行爲；

5、完善企业在消防、税务、环保、施工等方面与行政监管有关行为的合规管理工作；

6、建立健全企业内部合规化培训工作，加强对劳动者合法权益及依法维权的培训教育，减弱劳动者采用“敲诈勒索方式”维权的心理诱因，同时也要强化企业内部购销人员或管理人员等对商业贿赂、职务侵占、挪用公司财物、其他内部舞弊行为等违法违规行为的认识及其法律后果的警示教育。

笔者认为和谐劳动关系的建立和稳固不仅是企业的核心竞争力之一，更是其力量的源泉。

如企业在劳动用工管理过程中，确需对个别员工的违规个案进行刑事控告，笔者建议企业建立与专业律师联合审查与论证的机制，审慎及慎重的针对员工采用刑事报案方式维护企业的合法权益，建议更多的借重于企业内部处分、违纪辞退、保密协议、离职协议或竞业限制协议等约束，辅之以侵权损害赔偿（违约金）等民事责任方式来处理和应对劳动者提出的不合理甚至是违法的诉求。企业应更理性的对待劳动者在维权当中提出的“不当索赔或超额索赔”甚至是“天价索赔”，并慎用少用刑事报案方式来处理与相关员工所产生的纠纷。对劳动者而言，更应注意的是，正常理性的维权是法律所推崇的，但是过度的维权或者非法的维权则可能演变成刑事案件，陷自己于危难之中，劳动者应明了任何披着合法维权外衣，实质却是“敲诈勒索的行为”都将受到法律的严惩。

情理结合，彰显法律的公平正义

袁吉松，广东前海律师事务所

随着《劳动合同法》的实施“劳务派遣”这种用工方式受到了前所未有的重视。一方面□《劳动合同法》以法律的形式正式认可了此前曾经存在巨大争议的“劳务派遣”；另一方面□随着《劳动合同法》对于用人单位提出了更严格、更规范的要求，“劳务派遣”也成为用人单位降低成本、减少风险的一种重要途径。但是，劳务派遣也不是“保险箱”，也会存在一些问题。本案就是劳务派遣案件中一起特殊的案例。

一、基本案情

申请人宋某，因患慢性肾衰竭、尿毒症等重病就医保待遇与深圳市某物业管理有限公司发生争议，深圳市南山区劳动争议仲裁委员会于2009年8月10日立案，8月24日开庭审理。经查明，申请人宋某，从2004年至2007年期间，每年与被申请人深圳市某物业管理有限公司签订一份为期6个月的《临时用工合同》，即从当年5月1日起至当年9月30日止，其余时间不用上班也不属于被申请人管理。2008年5月初，申请人再次被被申请人聘用，双方欲续订合同时，申请人因身体不适于2008年5月13日口头向被申请人的物业经理请假回到老家——陕西省城固县。后来，申请人宋某因患慢性肾衰竭、尿毒症期、肾性高血压、肾性贫血等严重病症，先后在陕西和深圳两地6家医院住院或门诊治疗，共开支住院费用39500.01元、门诊费用33531.38元，两项合计人民币73031.39元；其中通过深圳市社保基金管理局福田分局报销医疗费用27859.78元，通过门诊医保记账报销16260.41元；目前尚有28911.20元的门诊和住院发票款未予以报销。

【申请人诉求】

申请人在住院医疗中，医师建议其择期行肾移植术（手术、住院及术后早期治疗费用约20万元），但因个人医保账户中医保基金余额不够，无法及时行肾移植术。于是，申请人向仲裁委员会提出仲裁申请，要求被申请人为其补交2004年4月25日至2008年5月13日期间的社会养老保险；同时要求被申请人赔付

其因被申请人没有及时办理社会保险导致医疗费用不够，错过了换肾的机会造成的损失 200000 元。

【申请人辩称】

针对申请人的诉求，被申请人深圳市某物业管理有限公司提出如下答辩意见：1、申请人要求补交社会养老保险的请求不属于劳动争议的受案范围。2、申请人关于我公司没有办理社会保险的陈述不属实，被申请人已在 2005 年 7 至 9 月份期间为申请人缴纳了社会养老保险费。3、根据双方签订劳动合同的约定，被申请人给予申请人的工资为 1000 元/月，但实际被申请人每月支付申请人的工资为 1300 元，根据申请人流动工作的情况以及申请人与被申请人签订的合同是短期季度性用工，被申请人实际将应为申请人缴纳的社会保险以现金方式每月发放给申请人。4、申请人诉求因错过了换肾的机会造成 200000 元的损失没有实际发生，根据《深圳市城镇职工社会医疗保险现金报销管理办法》的有关规定，申请人换肾的费用即器官源及组织源以及器官源检查和治疗的费用并不属于社会保险偿付的费用，即使申请人遭到换肾所产生的费用社保也不予偿付。5、申请人提出的仲裁请求已过仲裁时效，申请人从每月领取工资之日起，就应该知道公司并没有按有关规定为其缴纳社保，其应该知道在未来的权利有可能得到一定的损失，上述劳动争议应按《劳动法》确定仲裁时效执行，时效为 60 天。

二、法律分析

【本案的焦点问题】

1、申请人与被申请人签订的是以完成一定工作任务为期限的劳动合同（被申请人所称是临时性或季节性的合同），在合同期限以外的时间申请人每年至少有 6 个月未在被申请处上班。此种情况，被申请人是否有义务连续为申请人投保。如被申请人每年依法及时为申请人缴纳 6 个月的社会保险费，申请人每年的医疗保险也会停保 6 个月；这种情况，申请人就医享受医疗保险待遇是否有一定影响。

2、申请人诉求因错过了换肾的机会，要求被申请人支付换肾 20 万元，因事实而没有实际发生；根据有关规定，肾脏器官移植除移植手术治疗费外，购买肾

脏器官的费用约 20 万元左右应自理,而申请人要求支付换肾 20 万元的费用是否属于仲裁裁决调整范围。

3、申请人目前尚有未报销的 28911.20 元门诊和住院发票款,因该部分费用不在社会保险基金报销范围之内,且申请人也没有提出具体诉求,因而应依法予以驳回。如果出现此种裁决结果的话,申请人认为自己求助无门,会产生悲观情绪,走上极端。

【本案特性】

1、本案有其他个案不具有的特殊性,就是申请人宋某因重病在身,自己对恢复健康已绝望(自称在为后事做准备);且多次到被申请人处纠缠闹事,长期带刀在身,扬言要采取过激行为解决问题。针对此种情况,本案仲裁员根据该案的实际情况已多次组织双方当事人调解,又多次分别与当事人单独沟通和调处;通过多方面的调处,申请人逐步降低要求最后提出 5 万元一次性解决的方案,还被申请人极力推卸责任只愿意一次性给付 1.2 元了结。由于双方差距较大,该案未能调解结案。

2、从掌握的情况分析,申请人宋某是当前不稳定的对象,随时有可能做出过激行为。因此,从当前维稳和申请人面临的实际困难情况出发,从本着人道和稳定申请人的情绪着想,应对该案作出有利于保护申请人权益的实体裁决。

三、裁决理由和处理结果

1、申请人宋某与被申请人深圳市某物业管理有限公司在合同履行期间和在 2008 年 5 月至 2009 年 1 月期间(申请人住院期间)的劳动关系明确,双方均应按照法律的规定享有权利、履行义务。根据《劳动法》第七十二条的规定,用人单位和劳动者必须依法参加社会保险,缴纳社会保险费。被申请人作为用人单位,必须依法履行法定义务,不能以任何原因、任何理由不予办理。而被申请人在合同期间没有为申请人缴纳社会保险,有违法律的规定。在本案中,申请人要求补交养老保险,符合法律规定,仲裁委员会应予以支持;至于补交期限因深圳市社会保险基金管理局福田分局已先期做出决定,即责令被申请人从 2007 年 8 月起

至 2008 年 5 月期间为申请人补交养老保险费。福田分局做出的决定符合本市的规定，应予以确认。

2、至于被申请人未及时依法为申请人缴纳医疗保险是否对申请人享受医保待遇有影响。根据《深圳市城镇职工社会医疗保险办法》第二十八条，享受医保待遇与连续参保时间挂钩，参保时间越长医保待遇标准也就不一样。被申请人未在双方合同履行期间（从 2004 年至 2007 年之间）为申请人依法办理医保，应该对申请人今后就医及报销医疗费用有一定的影响。因此，申请人请求被申请人承担医疗损失费用，仲裁委员会应酌情予以考虑，即申请人 28911.20 元未报销的门诊和住院发票款应按《深圳市城镇职工社会医疗保险办法》第二十四条、第二十七条的规定，由被申请人承担 26020.08 元（90%的比例），申请人自负 2891.12 元（10%的比例）。对于该项费用不能因申请人未提出而予以驳回。如单纯地坚持“不告不理的原则”不予裁决，不利于保护弱势人群的根本权益，同时也会失去法律的公平和正义性。

3、申请人要求被申请人赔付其因被申请人没有及时办理社会保险导致医疗费用不够，错过了换肾的机会造成的损失 20 万元。申请人提出的上述请求，还没有实际发生，不属于仲裁裁决调整范围；再则，肾脏器官移植除移植手术治疗费外，购买肾脏器官的费用约 20 万元左右应自理。因此，对该项请求应予以驳回。

4、被申请人辩称本案已过仲裁时效不成立。因被申请人未提供证据予以佐证双方的劳动关系已解除；通过核查申请人的社会保险信息资料，被申请人为申请人缴纳社会保险截止的时间为 2009 年 1 月，由此可以认定双方的劳动关系在 2009 年 1 月仍继续存在。被申请人主张每月发给申请人的工资中已包含社会保险金，对该主张因没有法律根据应不予采信。被申请人所称双方签订的属于临时性或季节性的合同，并提出没有义务连续为申请人投保。我们认为，只要被申请人依法履行法定义务，就不应承担法律责任；否则，应承担过错行为导致的法律责任。

综上，根据法律规定和本案的实际情况，结合法理与情理应对申请人宋某未报销的门诊和住院发票款 28911.20 元，由被申请人深圳市某物业管理有限公司承担 26020.08 元，申请人自负 2891.12 元；同时，由被申请人从 2007 年 8 月起

至 2008 年 5 月期间为申请人补交养老保险费；对申请人宋某其他仲裁请求事项予以驳回。

双方接到仲裁裁决以后，都未提起诉讼均表示服判。

专业委员会简介

深圳市律师协会劳动与社会保障法律专业委员会

律协各专业委员会是律协理事会根据律师业务的发展情况设置的负责组织会员进行学习和交流，指导律师开展业务活动的机构。其宗旨是发动会员积极学习专业知识，提高律师业务素质和服务水平，拓展律师业务领域，促进律师专业化分工，增强深圳律师的整体实力。

律协业务创新与发展专门委员会负责管理、协调各专业委员会开展工作，律协秘书处业务部负责专业委员会的日常工作。

根据深圳市律师协会第十届理事会第一次会议决定，市律协设立 30 个专业委员会，劳动与社会保障法律专业委员会是其中之一，本委员会致力于提高律师劳动与社会保障法律服务水平，拓展劳动与社会保障业务领域，制定劳动与社会保障律师业务指引，撰写有关劳动与社会保障法律专业论文，积极参与人大、政府的劳动与社会保障法律领域重要法律法规和司法解释的征求意见工作。

组成成员

主任：曾凡新（大成所）

副主任：周旻（联建所）、王强（德纳所）、张福军（深坪所）

委员：陈伟（炜衡所）、冼武杰（华途所）、彭湃（卓建所）、张金寿（卓建所）、邹兵（鹏乾所）、李小鹊（卓建所）、吴意诚（联建所）、孟庆杰（盈科所）、凌超（卓建所）、何志杰（联建所）、吴贵刚（深宝所）、周文斌（鹏浩所）、田晓峰（盈科所）、马振勇（华途所）、袁吉松（前海所）、林乐军（华途所）、谭冬梅（百瑞所）、罗娟（华商<龙岗>所）、周艳军（瀛尊所）、何佳宾（盈科所）、唐塘（俭德所）、杨敏（晟典所）、丁海洋（普罗米修所）、郑锦川（旭晨所）、樊天升（鹏星所）、彭万红（顺创所）。

——本书由深圳市律师协会劳动与社会保障法律专业委员会整理、编辑（相关著作权归原权利人所有）